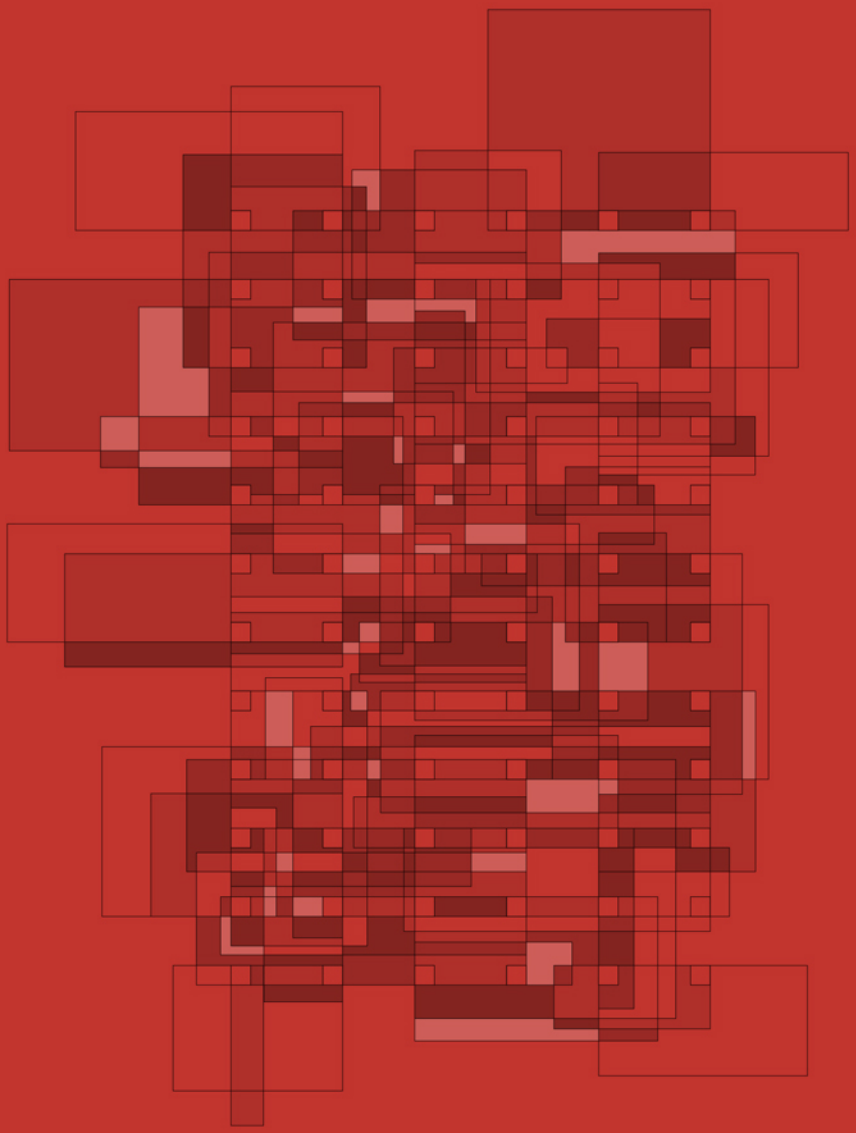


# Revista DIREITO GV

# 14

v. 7 n. 2 JUL-DEZ 2011
ISSN 1808-2432

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

## missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.


# Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432



**EDITOR**
JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

**CONSELHO EDITORIAL**
ÁLVARO PIRES *(UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ)*; ALBERTO AMARAL JR. *(USP)*; CELSO CAMPILONGO *(USP)*; CHARLES SABEL *(YALE LAW SCHOOL – EUA)*; DAVID TRUBEK *(WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA)*; DAMIAN CHALMERS *(LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE)*; DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO *(UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA)*; DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA *(UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA)*; ESTÊVÃO MALLET *(USP)*; GREGORY SCHAFFER *(WISCONSIN LAW SCHOOL-EUA)*; HANS-JÖRG ALBRECHT *(MAX-PLANCK INSTITUTE)*; JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ DE ARAÚJO *(UNIVERSIDADE DE BARCELONA – ESPANHA)*; JOSÉ EDUARDO FARIA *(USP)*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL)*; JOSÉ MARIA AREILZA *(INSTITUTO DE EMPRESA – ESPANHA)*; JOSEP JOAN MORESO *(UNIVERSIDADE POMPEU FABRA – ESPANHA)*; JUDITH MARTINS-COSTA *(UFRS)*; KAZUO WATANABE *(USP-CEBEPEJ)*; KEITH S. ROSENN *(MIAMI LAW SCHOOL-EUA)*; NORBERT REICH *(UNIVERSIDADE DE BREMEN- ALEMANHA)*; MARCOS NOBRE *(UNICAMP-CEBRAP)*; MARIA TERESA SADEK *(USP-CEBEPEJ)*; MARTÍN FEDERICO BÖHMER *(UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA)*; MIGUEL POIARES MADURO *(FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA)*; MIGUEL REALE JR. *(USP)*; PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI *(UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA)*; ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO *(IESA, CARACAS - VENEZUELA)*; RICARDO RIBEIRO TERRA *(USP-CEBRAP)*; SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN *(UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)*

**EDITORES ASSOCIADOS**
ARNO DAL RI *(FONDAZIONE CASSAMARCA)*; ANTONIO MAUÉS *(UFPA)*; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT *(UNESP)*; JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES *(UFRJ)*; SOLANGE TELES DA SILVA *(UEA)*; TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR *(UFPE)*; VERA THORSTENSEN *(FGV)*; WILSON MADEIRA *(UFF)*

**COMISSÃO EXECUTIVA**
FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MAÍRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

**PARECERISTAS**
*ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTES PROFESSORES:*

**ALAGOAS:** ANDREAS JOACHIM KRELL *(UFAL)*; **BAHIA:** ALESSANDRA RAPASSI MASCARENHAS PRADO *(UFBA)*; DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES *(UCSAL)*; MARIA AUXILIADORA MINAHIM *(UFBA)*; **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU *(UNB)*; ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS *(UNB)*; VALCIR GASSEN *(UNB)*; **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE *(UNIFOR; UFC)*; UINIE CAMINHA *(UNIFOR)*; **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO *(PUC/PR)*; JOÃO BOSCO LEE *(UNICURITIBA)*; MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO *(PUC/PR)*; RICARDO MARCELO FONSECA *(UFPR)*; **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA *(UFPE)*; **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES *(FGV/DIREITO RIO)*; JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA *(FGV/DIREITO RIO; UERJ)*; RONALDO LEMOS *(FGV/DIREITO RIO)*; SÉRGIO BRANCO *(FGV/DIREITO RIO)*; **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI *(UFRGS)*; DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA *(UNISINOS)*; MARCOS DE CAMPOS LUDWIG *(UFRGS)*; RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS *(UFSM)*; SHEILA STOLZ *(UFRGS)*; **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. *(USP)*; ARTHUR BARRIONUEVO FILHO *(EESP-EAESP)*; BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO *(DIREITO GV)*; CARLOS EDUARDO BATALHA DA SILVA E COSTA *(CEBRAP)*; GILBERTO BERCOVICI *(USP)*; JAIRO SAMPAIO SADDI *(IBEMEC)*; JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA *(UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS)*; LAURINDO DIAS MINHOTO *(USP)*; LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO *(UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU)*; LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA *(USP)*; OTÁVIO YASBEK *(BM&F/BOVESPA)*; ROGÉRIO BASTOS ARANTES *(USP)*; SAMUEL RODRIGUES BARBOSA *(USP)*; TIAGO MACHADO CORTEZ *(DIREITO GV)*; **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER *(UFSC)*; CLAUDIA ROSANE ROESLER *(UNIVALI)*; **FRANÇA:** KATHIA MARTIN-CHENUT *(COLLÈGE DE FRANCE)*; **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

**REDAÇÃO**
BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)
ELVIRA CESÁRIO CASTANON (REVISÃO)
THIAGO MORI RIBEIRO (REVISÃO DE LÍNGUA ESPANHOLA)

# Revista DIREITO GV

v. 7 n. 2 JUL-DEZ 2011

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

DIREITO GV
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

ISSN 1808-2432

DEZEMBRO 2011
SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV)

TIRAGEM 600 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 – RIO DE JANEIRO
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ISSN 1808-2432

REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

**EDITORES**
DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ
INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO
SÃO RESERVADOS À FGV.

**DISTRIBUIÇÃO**
COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES
LIVRARIAS: 250 EXEMPLARES
ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

**PROJETO GRÁFICO**
MARCELO GUERREIRO
ULTRAVIOLETA DESIGN

**EDITORAÇÃO ELETRÔNICA**
ULTRAVIOLETA DESIGN

**PRODUÇÃO INDUSTRIAL**
IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY
DATA DE IMPRESSÃO: DEZEMBRO 2011
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

**APOIO**
CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO
CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ)

**PERIODICIDADE**
SEMESTRAL

**CORRESPONDÊNCIA**
RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL
TEL. (11) 3799-2172
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

Revista DIREITO GV

## *Law and inequality in the XXI century*

## Direito e desigualdades no século XXI

*THE DEFENSE OF HOUSING RIGHTS IN THE CASE OF INFORMAL SETTLEMENTS: DISCOURSE AND PRACTICE*

A MORADIA INFORMAL NO BANCO DOS RÉUS: DISCURSO NORMATIVO E PRÁTICA JUDICIAL
*JOÃO MAURÍCIO MARTINS DE ABREU*: **391**

*UNITY IN DIVERSITY: THE PRINCIPLES OF COSMOPOLITAN LAW AND ITS ROLE IN THE ESTABLISHMENT OF A WORLD CURRENCY*

UNIDADE NA DIVERSIDADE: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO COSMOPOLITA E SUA FUNÇÃO NO ESTABELECIMENTO DE UMA MOEDA MUNDIAL
*FERNANDO DOS SANTOS LOPES*: **417**

*HATE SPEECH IN SOCIAL NETWORKS: BRAZILIAN CASE LAW*

DISCURSOS DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
*ROSANE LEAL DA SILVA, ANDRESSA NICHEL, ANNA CLARA LEHMANN MARTINS E CARLISE KOLBE BORCHARDT*: **445**

*FOR A RIGHT TO DIFFERENCE: CRIMINAL AND LEGAL SITUATION OF INDIGENOUS PRISONERS IN DOURADOS, MS*

POPULAÇÃO CARCERÁRIA INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CASO DO MUNICÍPIO DE DOURADOS, MS
*ROSELY APARECIDA STEFANES PACHECO, RAFAEL CLEMENTE OLIVEIRA DO PRADO E EZEQUIAS VERGILIO KADWÉU*: **469**

*ANALYSIS OF INTERNATIONAL PROVISIONS ABOUT TECHNOLOGY TRANSFER: INCIDENCE ON CUBA*

ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS INTERNACIONALES SOBRE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: INCIDENCIA EN CUBA
*LIUDMILA MORÁN MARTÍNEZ*: **501**

*FOOD AND HUMAN RIGHTS IN THE CENTRAL PRISON IN PORTO ALEGRE*

COMIDA E DIREITOS HUMANOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE
*DANI RUDNICKI*: **515**

*THE TRAP OF WORK: REFLECTIONS ON TIME, MONEY AND WELFARE*

A ARMADILHA DO TRABALHO: REFLEXÕES SOBRE TEMPO, DINHEIRO E PREVIDÊNCIA
*DANIEL VIANA TEIXEIRA*: **539**

*URBAN INDIANS AND CULTURAL RIGHTS: THE LIMITS OF MULTICULTURAL LIBERALISM*

INDÍGENAS URBANOS Y DERECHOS CULTURALES: LOS LÍMITES DEL MULTICULTURALISMO LIBERAL
*DANIEL BONILLA MALDONADO*: **569**

TRADUÇÕES

*WHAT IS A GOOD LIFE?*

O QUE É UMA VIDA BOA?
*RONALD DWORKIN*: **607**

*MARKETIZATION, SOCIAL PROTECTION AND EMANCIPATION: AMBIVALENCES OF FEMINISM IN THE CAPITALIST CRISIS*

MERCANTILIZAÇÃO, PROTEÇÃO SOCIAL E EMANCIPAÇÃO: AS AMBIVALÊNCIAS DO FEMINISMO NA CRISE DO CAPITALISMO
*NANCY FRASER*: **617**

## SOBRE OS AUTORES


tradutor *Alonso Reis Freire*

Mestre em Direito Constitucional pela UFMG
Professor da Universidade Federal do Maranhão

Rua dos Canários, 03, Apto 401
Calhau – 65071–393
São Luís – MA – Brasil
*alonsoreis@gmail.com*

*Andressa Nichel*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*dessanichel@gmail.com*

*Anna Clara Lehmann Martins*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*laclaramartins@gmail.com*

*Carlise Kolbe Borchardt*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*carlise_kb@hotmail.com*

*Dani Rudnicki*

Professor do PPGD, Centro Universitário Ritter do Reis, RS
Mestre em Direito pela Unisinos
Doutor em Sociologia pela UFRGS

Rua Marechal Floriano, 49, 2º andar
Centro – 90020–060
Porto Alegre – RS – Brasil
*danirud@hotmail.com*

*Daniel Bonilla Maldonado*

Distinguished Leitner Center Visiting Professor
Leitner Center for International Law and Justice
Fordham University School of Law

33 West 60th Street (2nd Floor)
New York, NY 10023 USA
dbonilla@law.fordham.edu

*Daniel Viana Teixeira*

Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor)
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

Av. Santos Dumont, n. 1890 – 4º andar
Aldeota – 60150-160
Fortaleza – CE – Brasil
*daniel.teixeira@agu.gov.br*

tradutor *Emilio Peluso Neder Meyer*

Doutorando em Direito e Mestre em Direito Constitucional pela UFMG
Professor da Universidade Federal de Ouro Preto

Rua Pilar, 530, Apto 103
Grajaú – 30430–600
Belo Horizonte – MG – Brasil
*emiliopeluso@yahoo.com.br*

*Ezequias Vergilio Kadwéu*

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)
Pertence a etnia indígena kadwéu

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*kadiweu_ezequias@hotmail.com*

*Fernando dos Santos Lopes*

Advogado
Pós-graduando em controladoria pela Universidade Federal do Paraná

Rua Santa Mônica, 826
Capão Raso – 81110-400
Curitiba – PR – Brasil
*fernandoslopes.law@hotmail.com*

*João Maurício Martins de Abreu*

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF
Advogado
Professor licenciado da Universidade Estácio de Sá (Unesa)

Rua da Quitanda, 199, gr. 210
Centro – 20.091-005
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
*joaomauricio@cvpa.adv.br*

*Liudmila Morán Martínez*

Máster en Gestión de la Propiedad Intelectual
Profesora en Derecho de la Universidad Agraria de la Habana (UNAH)

Carretera Tapaste, Km 22 ½
Mayabeque, Cuba
*liudmilam@isch.edu.cu*

tradutora *Natália Luchini*

Graduada em Direito pela USP com formação complementar na Université Lumière Lyon II e no Institut d'études Politiques de Lyon
Advogada e pesquisadora

Rua Rocha, 464, apto. 304
Bela Vista – 013300–000
São Paulo – SP – Brasil
*natalialuchini@gmail.com*

*Nancy Fraser*

Henry A. & Louise Loeb Professor of Philosophy and Politics - Chair, Politics Department, at New School for Social Research

6 East 16th Street, Suite 711
New York NY 10003 USA
frasern@earthlink.net

*Rafael Clemente Oliveira do Prado*

Advogado graduado em Ciências Jurídicas pela Fundação Universidade da Região de Joinville (Univille)
Mestre (LLM) em Direito Ambiental pela Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, Espanha
Ex-aluno da Academia de Direito Internacional da Haia
Pesquisador visitante no Departamento de Direito Internacional Público e Organizações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, Suíça

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*pradojus@gmail.com*

*Ronald Dworkin*

Professor de Filosofia e Direito da Cátedra Henry Sommer da New York University

40 Washington Square South, 411 I
New York, NY 10012
*ronald.dworkin@nyu.edu*

*Rosane Leal da Silva*

Professora adjunta do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)

Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*rolealdasilva@gmail.com*

*Rosely Aparecida Stefanes Pacheco*

Professora titular da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Especialista em Antropologia Jurídica pela Universidad de Chile e é Doutoranda em Direito, linha de pesquisa Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Graduada em Direito e História, com mestrado em História, linha de pesquisa História Indígena pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*roselystefanes@gmail.com*

# PUBLICAÇÕES DIREITO GV

## COLEÇÃO DIREITO, DESENVOLVIMENTO, JUSTIÇA

DIREITO E INTERPRETAÇÃO: RACIONALIDADE E INSTITUIÇÕES
*Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Helena Cortada Barbieri (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.*

ESTADO DE DIREITO E O DESAFIO DO DESENVOLVIMENTO
*Dimitri Dimoulis e Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.*

A JUSTIFICAÇÃO DO FORMALISMO JURÍDICO: TEXTOS EM DEBATE
*José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.*

CARL SCHMITT E A FUNDAMENTAÇÃO DO DIREITO
*Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: Saraiva, 2011.*

COFINS: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS
*Vanessa Rahal Canado. São Paulo: Saraiva, 2011.*

DIREITOS FUNDAMENTAIS, SEPARAÇÃO DE PODERES E DELIBERAÇÃO
*Conrado Hübner Mendes. São Paulo: Saraiva, 2011.*

FRAGMENTOS PARA UM DICIONÁRIO CRÍTICO DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO
*José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2011.*

DIREITO E CRÉDITO BANCÁRIO NO BRASIL
*Emerson Ribeiro Fabiani. São Paulo: Saraiva, 2011.*

O ESTADO E O DIREITO DEPOIS DA CRISE
*José Eduardo Faria. São Paulo: Saraiva, 2011.*

NOVOS PARÂMETROS PARA A INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA: AS FERRAMENTAS JURÍDICAS E A RACIONALIDADE DA ATUAÇÃO DO BNDES EM UMA ECONOMIA BASEADA NO CONHECIMENTO.
*Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Saraiva, 2010.*

DIREITO E ECONOMIA: TEXTOS ESCOLHIDOS.
*Bruno Meyerhof Salma (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL: DIREITO, RESPONSABILIZAÇÃO E VERDADE.
*Dimitri Dimoulis, Antonio Martins, Lauro Joppert Swensson Junior (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

NAS FRONTEIRAS DO FORMALISMO: A FUNÇÃO SOCIAL DA DOGMÁTICA JURÍDICA HOJE.
*José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (orgs.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

O SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (1828-1889): UMA HISTÓRIA.
*José Reinaldo de Lima Lopes (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

**O ORÁCULO DE DELFOS:** CONSELHO DE ESTADO E DIREITO NO BRASIL OITOCENTISTA.
*José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2010.*

**PEDIDO E CAUSA DE PEDIR.**
*Daniela Monteiro Gabbay. São Paulo: Saraiva, 2010.*

**DIREITO E MOEDA.**
*Camila Villard Duran. São Paulo: Saraiva, 2010.*

**OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO** – VOLUME II – DE 1850 A 1930.
*Carlos Guilherme Mota (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

**OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO** – VOLUME III – 1930 AOS DIAS ATUAIS.
*Carlos Guilherme Mota e Natasha S. C. Salinas (coord.). São Paulo: Saraiva, 2010.*

**O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:**
PRESENTE, PASSADO E FUTURO. TEXTOS SELECIONADOS DE DAVID M. TRUBEK.
*José Rodrigo Rodriguez (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.*

**ENSINO JURÍDICO PARTICIPATIVO:** CONSTRUÇÃO DE PROGRAMAS, EXPERIÊNCIAS DIDÁTICAS.
*José Garcez Ghiradi; Rafael Domingos Faiardo Vanzella (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.*

**MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO:** CONCEITOS PARA UM DEBATE.
*José Garcez Ghiradi (org.). São Paulo: Saraiva, 2009.*

**TEORIA DA RESPONSABILIDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:** TEXTOS DE KLAUS GÜNTHER.
*Flavia Portella Püschel; Marta Rodrigues de Assis Machado (org.). Trad. Flavia Portella Püschel. São Paulo: Saraiva, 2009.*

**FUGA DO DIREITO:** UM ESTUDO SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DE FRANZ NEUMANN.
*José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: Saraiva, 2009.*

**SOLIDARIEDADE E RESPONSABILIDADE:**
O TRATAMENTO JURÍDICO DOS EFEITOS DA CRIMINALIDADE VIOLENTA NO TRANSPORTE PÚBLICO DE PESSOAS NO BRASIL.
*André Rodrigues Corrêa. São Paulo: Saraiva, 2009.*

**AUTO-REGULAÇÃO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO.**
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2008.
*Flora Pinotti Sano; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Roberto Codorniz Leite Pereira; Dalton Tria Cusciano. São Paulo: Saraiva, 2009.*

**CURSO DE DIREITO TRIBUTÁRIO E FINANÇAS PÚBLICAS:**
DO FATO À NORMA, DA REALIDADE AO CONCEITO JURÍDICO.
*Eurico Marcos Diniz de Santi (coord.). São Paulo: Saraiva, 2008.*

**INSTITUIÇÕES DE DIREITO PENAL.** VOL. 1, TOMOS 1 E 2.
*Basileu Garcia. São Paulo: Saraiva, 2008.*

PODER JUDICIÁRIO E DESENVOLVIMENTO DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIO BRASILEIRO.
PRÊMIO BOVESPA – DIREITO GV 2007.
*Andréa Di Sarno Neto; Felipe Daud; Rafael Andrade; Maria Fernanda Calado de Aguiar Ribeiro Cury; Mariana M. Alegre de Paiva. São Paulo: Saraiva, 2008.*

JUIZADO ESPECIAL:
CRIAÇÃO, INSTALAÇÃO, FUNCIONAMENTO E A DEMOCRATIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA.
*Luciana Gross Cunha. São Paulo: Saraiva, 2007.*

## OUTROS LIVROS

DIREITO GV: CONSTRUÇÃO DE UM SONHO – INOVAÇÃO, MÉTODOS, PESQUISA, DOCÊNCIA.
*Antonio Angarita (coord.), Diego Rafael Ambrosini, Natasha Caccia Salinas. São Paulo: DIREITO GV, 2010.*

CURSO DE FILOSOFIA POLÍTICA.
*Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). São Paulo: Atlas, 2008.*

ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS: UMA INTRODUÇÃO AO DIREITO PRIVADO COM MÉTODOS DE ENSINO PARTICIPATIVOS.
*Flavia Portella Püschel (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2007.*

A RESPONSABILIDADE POR FATO DO PRODUTO NO CDC: ACIDENTES DE CONSUMO.
*Flavia Portella Püschel. São Paulo: Quartier Latin, 2006.*

CONFLITO DE INTERESSES NOS GRUPOS SOCIETÁRIOS.
*Viviane Muller Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2006.*

LAVAGEM DE DINHEIRO E RECUPERAÇÃO DE ATIVOS: BRASIL, NIGÉRIA, REINO UNIDO E SUÍÇA.
*Maíra Rocha Machado; D. F. Refinetti (org.). São Paulo: Quartier Latin, 2006.*

OS JURISTAS NA FORMAÇÃO DO ESTADO-NAÇÃO BRASILEIRO. DO SÉCULO XVI A 1850.
*Carlos Guilherme Mota (org.). São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.*

CURSO DE HISTÓRIA DO DIREITO.
*José Reinaldo de Lima Lopes Lopes; Thiago dos Santos Acca; Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Método, 2006.*

A MODERNIZAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO: SURSIS, LIVRAMENTO CONDICIONAL E OUTRAS REFORMAS DO SISTEMA DE PENAS CLÁSSICO NO BRASIL, 1924-1940.
*Rafael Mafei Rabelo Queiroz. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.*

DIREITOS HUMANOS, ESTADO DE DIREITO E A CONSTRUÇÃO DA PAZ.
*Oscar Vilhena Vieira (org.). São Paulo: Quartin Latin, 2005.*

FONTES E NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL: UM ESTUDO SOBRE A SOFT LAW.
*Salem Hikmat Nasser. São Paulo: Atlas, 2005.*

OFERTA PÚBLICA DE AÇÕES OBRIGATÓRIA NAS S.A. - TAG ALONG.
*Roberta Nioac Prado. São Paulo: Quartier Latin, 2005.*

INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: A GESTÃO DE PROBLEMAS INTERNACIONAIS POR MEIO DO CRIME E DA PENA.
*Maíra Rocha Machado. São Paulo: Editora 34, 2004.*

**: CADERNOS DIREITO GV**

*1* APONTAMENTOS SOBRE A PESQUISA EM DIREITO NO BRASIL.
*Marcos Nobre. São Paulo: DIREITO GV, set. 2004.*

*2* IMPACT OF THE WTO AGREEMENT ON TEXTILES & CLOTHING ON BRAZILIAN EXPORTS OF TEXTILES AND CLOTHING TO THE UNITED STATES.
*Guido Fernando S. Soares; Maria Lúcia Pádua Lima; Maria Carolina M. de Barros; Michelle Ratton Sanchez; Sérgio Goldbaum, Elaini C. Silva. São Paulo: DIREITO GV, abril 2005.*

*3* REFORMA DO PODER JUDICIÁRIO, DESENVOLVIMENTO E DEMOCRACIA.
*Direito GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2004.*

*4* O SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO, A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÕES E SUA UTILIZAÇÃO.
*Luciana Gross Cunha.,Alexandre Cunha; Flávia Scabin;, Mariana Macário; Marcelo Issa. São Paulo: DIREITO GV, março 2005.*

*5* REFLEXÕES SOBRE O ENSINO DO DIREITO.
*Flávia Portella Püschel e José Rodrigo Rodriguez. São Paulo: DIREITO GV, maio 2005.*

*6* I SIMPÓSIO OAB-SP E FGV-EDESP SOBRE DIREITO EMPRESARIAL E NOVO CÓDIGO CIVIL.
*DIREITO GV e OAB-SP. jul. 2005.*

*7* PREMISSAS DO PROJETO DA DIREITO GV PARA DESENVOLVIMENTO DO MATERIAL DIDÁTICO PARA O CURSO DE DIREITO: ORGANIZAÇÃO DAS RELAÇÕES PRIVADAS.
*Maurício Portugal Ribeiro. São Paulo: DIREITO GV, set. 2005.*

*8* MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/MODELS OF ADJUDICATION.
*Owen Fiss. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2005.*

*9* RELATÓRIO DA PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO E MERCADO DE CAPITAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.
*Viviane Muller Prado e Vinícius Correa Bruanelli. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2006.*

*10* **PODER CONCEDENTE E MARCO REGULATÓRIO NO SANEAMENTO BÁSICO**.
*Conrado Hübner Mendes e Diogo R. Coutinho (coord.). São Paulo: DIREITO GV, mar. 2006.*

*11* **CONTANDO A JUSTIÇA: A PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO**.
*Luciana Gross Cunha (org.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2006.*

*12* **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL -** EDIÇÕES I, II E III.
*Michelle Ratton Sanchez, Cassio Luiz de França, Elaini C. G. da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2006.*

*13* **PROGRAMA DE CLÍNICAS NAS ESCOLAS DE DIREITO DE UNIVERSIDADES NORTE-AMERICANAS**.
*Ana Mara França Machado e Rafael Francisco Alves. São Paulo: DIREITO GV, set. 2006.*

*14* **FOCOS - FÓRUM CONTEXTO INTERNACIONAL E SOCIEDADE CIVIL - EDIÇÃO IV - NEGOCIAÇÕES COMERCIAIS AGRÍCOLAS E DESENVOLVIMENTO NA OMC**.
*Cássio Luiz de França e Michelle Ratton Sanchez. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2006.*

*15* **A COOPERAÇÃO PENAL INTERNACIONAL NO BRASIL**.
*Maíra Rocha Machado e Marco Aurélio Cezarino Braga. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2007.*

*16* **O MÉTODO DE LEITURA ESTRUTURAL**.
*Ronaldo Porto Macedo Jr. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2007.*

*17* **PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL:** COMÉRCIO, SAÚDE E MEIO AMBIENTE NA OMC – COMUNIDADES EUROPÉIAS VS. BRASIL: O CASO DOS PNEUS.
*Juana Kweitel e Michelle Ratton Sanchez (orgs.). São Paulo: DIREITO GV, maio 2007.*

*18* **EXPERIÊNCIAS E MATERIAIS SOBRE OS MÉTODOS DE ENSINO -** APRENDIZADO DA DIREITO GV.
*Rafael Domingos Faiardo Vanzella. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2007.*

*19* **O NOVO DIREITO E DESENVOLVIMENTO:** ENTREVISTA COM DAVID TRUBEK.
*José Rodrigo Rodriguez (Coord.), Ana Mara Machado, Luisa Ferreira, Gisela Mation, Rafael Andrade, Bruno Pereira. São Paulo: DIREITO GV, set. 2007.*

*20* **A FORMAÇÃO DO DIREITO COMERCIAL BRASILEIRO –** CRIAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE COMÉRCIO NO IMPÉRIO.
*José Reinaldo Lima Lopes. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2007.*

*21* **TRIBUTAÇÃO, RESPONSABILIDADE FISCAL E DESENVOLVIMENTO:** DIREITO À TRANSPARÊNCIA – ESTUDO SOBRE A DESTINAÇÃO DA CPMF E DA CIDE-COMBUSTÍVEIS.
*Eurico Diniz de Santi (coord.), Tathiane dos Santos Piscitelli e Andréa Mascitto. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2008.*

*22* **O QUE É PESQUISA EM DIREITO E ECONOMIA?**.
*Bruno Meyerhof Salama. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2008.*

*23* **LIMITES DO DIREITO PENAL:**
PRÍNCIPIOS E DESAFIOS.
*Ulrich Sieber. São Paulo: DIREITO GV, maio 2008.*

*24* **UMA ETNOGRAFIA DE CARTÓRIOS JUDICIAIS EFEITOS DA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE CARTÓRIOS JUDICIAIS SOBRE A MOROSIDADE PROCESSUAL:**
ESTUDO DE CASOS EM CARTÓRIOS JUDICIAIS DO ESTADO DE SÃO PAULO
- LEVANTAMENTO ETNOGRÁFICO.
*Paulo Eduardo Alves da Silva (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul. 2008.*

*25* **PESQUISA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
*DIREITO GV. set. 2008.*

*26* **MESTRADO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO**.
*José Eduardo Campos de Oliveira Faria, Ronaldo Porto Macedo Jr., Flavia Portella Püschel e Carlos Ari Sundfeld. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2008.*

*27* **DRUG COUNTERFEIT AND PENAL LAW IN BRAZIL**.
*Marta Rodriguez de Assis Machado (Coord.). São Paulo: DIREITO GV, jan. 2009.*

*28* **UMA CONVERSA SOBRE DIREITO SOCIETÁRIO COMPARADO COM O PROFESSOR KLAUS HOPT**.
*Viviane Muller Prado (Coord.), Rafael de Almeida Rosa Andrade, Gisela Mation, Jessica Winge, Luiza Vasconcelos. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2009.*

*29* **INTERPRETAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E INSTITUIÇÕES**.
*Catarina Barbieri e Ronaldo Porto Macedo Jr. (coord.). Luciana Reis e Marcelo Shima Luize (colaboração especial). São Paulo: DIREITO GV, maio 2009.*

*30* **CRISE NO SISTEMA FINANCEIRO INTERNACIONAL.**
*Ary Oswaldo Mattos Filho e Maria Lúcia Labate Mantovanini Pádua Lima (coord.). São Paulo: DIREITO GV, jul 2009.*

*31* **METODOLOGIA DE ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: ESTADO DA ARTE E PERSPECTIVAS. EXPOSIÇÕES, DEBATES E RELATOS DO WORKSHOP NACIONAL DE METODOLOGIA DE ENSINO.**
*José Garcez Ghirardi (coord.). Ieda Dias de Lima, Ligia Paula P. Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos. São Paulo: DIREITO GV, set 2009.*

*32* **ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO: UMA RADIOGRAFIA DOS CASOS DE ARBITRAGEM QUE CHEGAM AO JUDICIÁRIO BRASILEIRO.**
*Adriana Braghetta; Daniela Monteiro Gabbay; Eleonora Coelho Pitombo; Rafael Francisco Alves; Selma Ferreira Lemes (coord. geral). São Paulo: DIREITO GV, nov., 2009.*

*33* **PESQUISA EM DEBATE: A APLICAÇÃO DA LEI DE CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO PELOS TRIBUNAIS BRASILEIROS.**
*Núcleo de Estudos sobre o Crime e a Pena. DIREITO GV. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, jan. 2010.*

*34* **PARA ONDE VAI A ARBITRAGEM NO BRASIL?**
*Camila Villard Duran (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, mar. 2010.*

*35* **FORMALISMO, DOGMÁTICA JURÍDICA E ESTADO DE DIREITO:** UM DEBATE SOBRE O DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DA OBRA DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.
*José Rodrigo Rodriguez, Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa, Samuel Rodrigues Barbosa (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, maio 2010.*

*36* **CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO E A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO** (UMA ENTREVISTA)
*Daniela Monteiro Gabbay, José Rodrigo Rodriguez, Luis Guilherme Aidar Bondioli, Paulo Eduardo Alves da Silva, Rafael Francisco Alves e Thomaz Henrique Junqueira de Andrade Pereira. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, jul. 2010.*

*37* **AVALIAÇÃO E MÉTODOS DE ENSINO EM DIREITO**
*José Garcez Ghirardi (coord.), Ana Mara França Machado, Catarina Helena Cortada Barbieri, Ieda Miyuki Koshi Dias de Lima, Juliana Bonacorsi de Palma, Ligia Paula Pires Pinto Sica, Luciana de Oliveira Ramos e Vivian Cristina Schorscher. Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, set. 2010.*

*38* **INSIDER TRADING:** DADOS E REFLEXÕES
*Viviane Muller Prado (coord.). Cadernos DIREITO GV. São Paulo: DIREITO GV, nov. 2010.*

**: REVISTA DIREITO GV**

**REVISTA DIREITO GV,** ED. ESPECIAL
*ECONOMIC AND SOCIAL REGULATION. Diversos.* DIREITO GV, nov/2005

**REVISTA DIREITO GV 01**
REVISTA, VOL. 1, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2005

**REVISTA DIREITO GV 02**
REVISTA, VOL. 1, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2005

**REVISTA DIREITO GV 03**
REVISTA, VOL. 2, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2006

**REVISTA DIREITO GV 04**
REVISTA, VOL. 2, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2006

**REVISTA DIREITO GV 05**
REVISTA, VOL. 3, N.1. *Diversos.* DIREITO GV, jan-jun/2007

**REVISTA DIREITO GV 06**
REVISTA, VOL. 3, N.2. *Diversos.* DIREITO GV, jul-dez/2007

**REVISTA DIREITO GV 07**
REVISTA, VOL. 4, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2008

**REVISTA DIREITO GV 08**
REVISTA, VOL. 4, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2008

**REVISTA DIREITO GV 09**
REVISTA, VOL. 5, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2009

**REVISTA DIREITO GV 10**
REVISTA, VOL. 5, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2009

**REVISTA DIREITO GV 11**
REVISTA, VOL. 6, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2010

**REVISTA DIREITO GV 12**
REVISTA, VOL. 6, N.2. *Diversos*. DIREITO GV, JUL-DEZ/2010

**REVISTA DIREITO GV 13**
REVISTA, VOL. 7, N.1. *Diversos*. DIREITO GV, JAN-JUN/2011

## : ARTIGOS (WORKING PAPERS) DIREITO GV

Disponíveis em: *www.fgv.br/direitogv/publicacoes*

**WORKING PAPER 01** – NOV 2007
GRUPOS DE EMPRESAS NA JURISPRUDÊNCIA DO STJ
*VIVIANE MULLER PRADO, MARIA CLARA TRONCOSO*

**WORKING PAPER 02** – NOV 2007
UM TEMA SOB VÁRIAS PERSPECTIVAS: RELATO DE UMA EXPERIÊNCIA COM TÉCNICAS DE ENSINO VARIADAS
*FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

**WORKING PAPER 03** – NOV 2007
O QUE É "DIREITO E ECONOMIA"? UMA INTRODUÇÃO À EPISTEMOLOGIA DA DISCIPLINA PARA O ESTUDANTE, O PROFISSIONAL E O PESQUISADOR EM DIREITO
*BRUNO MEYERHOF SALAMA*

**WORKING PAPER 04** – NOV 2007
ANTI-MONEY LAUNDERING AND GOVERNANCE IN LATIN AMERICA
*MAÍRA ROCHA MACHADO, GUILLERMO JORGE*

**WORKING PAPER 05** – NOV 2007
A JURIDIFICAÇÃO DO RACISMO: UMA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TJ DE SÃO PAULO
*FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO*

**WORKING PAPER 06** – NOV 2007
THE INSURANCE FUNCTION OF CONTRACTS
*BRUNO MEYERHOF SALAMA*

**WORKING PAPER 07** – NOV 2007
FINANCIAL REGULATION AND INTERNATIONAL CRIMINAL POLICY: THE ANTI-MONEY LAUNDERING SYSTEM IN BRAZIL AND ARGENTINA
*MAÍRA ROCHA MACHADO*

**WORKING PAPER 08** – NOV 2007
WHAT IS LAW CRITIQUE? IMMANENT CRITIQUE, INSTITUTIONAL NIHILISM AND PROJECTS OF JURIDIFICATION
*JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ*

**WORKING PAPER 09** – NOV 2007
PUNITIVE DAMAGES IN BRAZILIAN LAW AND THE BOUNDARIES BETWEEN CRIMINAL AND CIVIL LIABILITIES
*FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

**WORKING PAPER 10** – NOV 2007
A GESTÃO DA ONIPOTÊNCIA: ENSINAR DIREITO A INICIANTES
*JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ*

**WORKING PAPER 11** – NOV 2007
O RACIOCÍNIO JURÍDICO-DOGMÁTICO E SUAS RELAÇÕES COM O FUNCIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO E A DEMOCRACIA
*JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ, FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL, MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO*

**WORKING PAPER 12** – NOV 2007
INTERNATIONALISATION DU DROIT EN AMÉRIQUE LATINE
*MIREILLE DELMAS-MARTY, KATHIA MARTIN-CHENUT, MAÍRA ROCHA MACHADO*

**WORKING PAPER 13** – DEZ 2007
CONTINGENT EDIS: A NEW CONTRACTUAL FRAMEWORK FOR MINIMIZING THE RISK OF INCENTIVE FAILURES
*BRUNO MEYERHOF SALAMA*

**WORKING PAPER 14** – DEZ 2007
O ENSINO DA DEFESA E DA PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA NOS CURSOS DE GRADUAÇÃO EM DIREITO NO BRASIL: O ESTADO DA ARTE
*LEONARDO ARQUIMIMO DE CARVALHO*

**WORKING PAPER 15** – JAN 2008
JUDICIAL ADMINISTRATION IN BRAZIL: COURTS CASELOAD STATISTICS
*LUCIANA GROSS CUNHA*

**WORKING PAPER 16** – FEV 2008
ANÁLISE DO FUNCIONAMENTO DAS VARAS DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA COMARCA DA CIDADE DE SÃO PAULO
*LUCIANA GROSS CUNHA, PAULO EDUARDO ALVES DA SILVA, THOMAZ HENRIQUE JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA*

**WORKING PAPER 17** – mar 2008
Anotações sobre o "neoconstitucionalismo" (e sua crítica)
*Dimitri Dimoulis*

**WORKING PAPER 18** – jun 2008
A aplicação da Lei n. 7.492/86 nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça
*Maíra Rocha Machado, Marta Rodriguez de Assis Machado e Marta Cristina Cury Saad Gimenes (coord.)*

**WORKING PAPER 19** – maio 2008
Patent bargains in NICs: the case of Brazil
*Bruno Meyerhof Salama e Daniel Benoliel*

**WORKING PAPER 20** – jun 2008
The communicative function of civil liability: evidence from a case of impunity
*Flavia Portella Püschel*

**WORKING PAPER 21** – jun 2008
Rule of Law and development: the discourses on institutional reforms in the justice system
*Luciana Gross Siqueira Cunha*

**WORKING PAPER 22** – jun 2008
Winning at the WTO: the development of a trade policy community within Brazil
*Barbara Rosenberg, Gregory Shaffer, Michelle Ratton Sanchez*

**WORKING PAPER 23** – jun 2008
A regulamentação da propriedade no setor de gás natural na Bolívia: impactos para o desenvolvimento?
*André Corrêa e Michelle Ratton Sanchez*

**WORKING PAPER 24** – jul 2008
Pre-emption and punishment in the risk society: a theoretical debate about innovations in the theory of punishment
*Marta Rodriguez de Assis Machado*

**WORKING PAPER 25** – ago 2008
Excesso e eficiência na penalidade contemporânea e expertise nacional
*Laurindo Dias Minhoto*

**WORKING PAPER 26** – set 2008
Direito e desenvolvimento com David Trubek
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 27** – set 2008
Para além da separação de poderes - formalismo, dogmática jurídica e democracia
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 28** – out 2008
A função comunicativa da responsabilidade civil: evidências a partir de um caso de impunidade
*Flavia Portella Püschel*

**WORKING PAPER 29** – nov 2008
The WTO and THE OECD rules on export credits: a virtuous circle? The example of the Embraer case and the 2007 civil aircraft understanding
*Michelle Ratton Sanchez*

**WORKING PAPER 30** – abr 2009
Notas sobre a disciplina infra-legal da reversibilidade dos bens afetados aos serviços públicos de telecomunicações: inovações e ilegalidades da resolução Anatel n. 447/2006
*Caio Mário da Silva Pereira Neto, José Inacio Ferraz de Almeida Prado Filho, Mateus Piva Adami*

**WORKING PAPER 31** – maio 2009
Responsabilidade
*Flavia Portella Püschel*

**WORKING PAPER 32** – maio 2009
Para uma pedagogia da incerteza: reflexões sobre o ensino da dogmática jurídica
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 33** – maio 2009
Inverter o espelho: o direito ocidental em normatividades plurais
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 34** – maio 2009
Repensando a relação entre estado, direito e desenvolvimento: os limites do paradigma Rule of Law no ambiente financeiro e a prevalência do BNDES no panorama brasileiro
*Mario Gomes Schapiro*

**WORKING PAPER 35** – maio 2009
O judiciário e o império do Brasil: o Supremo Tribunal de Justiça (1828-1889)
*Andréa Slemian, José Reinaldo de Lima Lopes, Paulo Macedo Garcia Neto*

**WORKING PAPER 36** – maio 2009
Dogmática jurídica (verbete)
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 37** – maio 2009
Critical legal thought (1920-1940) (the case of Brazil)
*José Reinaldo de Lima Lopes e Paulo Macedo Garcia Neto*

**WORKING PAPER 38** – JUN 2009
THE GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW PROJECT: A REVIEW FROM BRAZIL
*MICHELLE RATTON SANCHEZ*

**WORKING PAPER 39** – JUL 2009
POLÍTICA FISCAL E POLÍTICA CRIMINAL: O DIREITO PENAL NAS ESTRATÉGIAS ARRECADATÓRIAS DO ESTADO BRASILEIRO (1990-2006)
*MAÍRA ROCHA MACHADO E MARTA RODRIGUEZ DE ASSIS MACHADO (COORD.)*

**WORKING PAPER 40** – JUL 2009
INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL
*ADRIANA BRAGHETTA, EDUARDO D. GONÇALVES, DANIELA M. GABBAY, ELEONORA PITOMBO, GUSTAVO S. KULESZA, PATRÍCIA S. KOBAYASHI, PAULO EDUARDO A. DA SILVA, RAFAEL F. ALVES, SELMA F. LEMES, VERA CECÍLIA M. DE BARROS*

**WORKING PAPER 41** – JUL 2009
COMO INTERPRETAR AS NORMAS EMITDAS PELO BACEN E CMN?
*BRUNO MEYERHOF SALAMA*

**WORKING PAPER 42** – JUL 2009
ARBITRAGEM E PODER JUDICIÁRIO
*DIREITO GV E COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBAR)*

**WORKING PAPER 43** – JUL 2009
POLÍTICA INDUSTRIAL
*MARIO GOMES SCHAPIRO*

**WORKING PAPER 44** – OUT 2009
EMPRESA E DESENVOLVIMENTO: IMPORTAM AS ESTRUTURAS JURÍDICO-ORGANIZATIVAS À DISPOSIÇÃO DOS AGENTES PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADES EMPRESARIAIS
*DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES ARAUJO*

**WORKING PAPER 45** – OUT 2009
O JUIZ E SEUS FANTASMAS: RACIONALIDADE JURISDICIONAL, DOGMÁTICA JURÍDICA E DEMOCRACIA
*JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ*

**WORKING PAPER 46** – MAR 2010
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA: CORREÇÃO DE TROCAS INEFICIENTES OU REPRESSÃO AO ILÍCITO?
*FLAVIA PORTELLA PÜSCHEL*

**WORKING PAPER 47** – MAR 2010
AS GRAMÁTICAS DA PROTEÇÃO SOCIAL E SUAS IMPLICAÇÕES PARA O DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS
*JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ*

**WORKING PAPER 48** – MAR 2010
SISTEMAS TRIBUTÁRIOS INTERNACIONAIS: UMA COMPARAÇÃO JURÍDICO-ECONÔMICA
*DALTON YOSHIO HIRATA*

**WORKING PAPER 49** – mar 2010
Towards an intellectual property bargaining theory: the post-wto era
*Daniel Benoliel e Bruno Meyerhof Salama*

**WORKING PAPER 50** – mar 2010
Regulação cambial entre a ilegalidade e a arbitrariedade: o caso da compensação privada de créditos internacionais
*Bruno Meyerhof Salama*

**WORKING PAPER 51** – mar 2010
Pharmaceutical patent bargains: the brazilian experience
*Daniel Benoliel e Bruno Meyerhof Salama*

**WORKING PAPER 52** – mar 2010
Como interpretar as normas emitidas pelo Bacen e CMN? Uma resposta a partir da evolução do modelo de Estado brasileiro
*Bruno Meyerhof Salama*

**WORKING PAPER 53** – abr 2010
Islamic law and international law: the terms of a relationship
*Salem Hikmat Nasser*

**WORKING PAPER 54** – maio 2010
2nd Stage of the Research on "Arbitration and the Judiciary" Theme Report: Validity, Efficiency and Existence of the Arbitration Agreement
*Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nannin (coord.)*

**WORKING PAPER 55** – maio 2010
Governança Administrativa, Dinâmica Institucional e Financiamento Industrial no Brasil: novos parâmetros, velhos problemas
*Mario Gomes Schapiro*

**WORKING PAPER 56** – jun 2010
Zonas de autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 57** – ago 2010
Emancipação humana e direito: Franz Neumann
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 58** – ago 2010
Rumo a uma teorização jurídica da inovação financeira: os negócios bancários indiretos
*Bruno Meyerhof Salama*

**WORKING PAPER 59** – set 2010
Operações de crédito dentro de grupos financeiros: governança corporativa como complemento à regulação bancária
*Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado*

**WORKING PAPER 60** – set 2010
2ª Fase da pesquisa "Arbitragem e poder judiciário". Relatório do tema: Validade, eficácia e existência da convenção arbitral.
*Daniela Monteiro Gabbay e Giovanni Ettore Nanni (coord.)*

**WORKING PAPER 61** – set 2010
2ª Fase da pesquisa "Arbitragem e poder judiciário". Relatório do tema: Homologação de sentença arbitral estrangeira. Artigos (working papers)
*Flavia Foz Mange e Priscila Knoll Aymone (coord.)*

**WORKING PAPER 62** – dez 2010
O Deus-sociedade contra o Diabo-mercado?: pesquisa científica, conhecimentos tradicionais e interesses econômicos
*José Rodrigo Rodriguez, Mariana Giorgetti Valente, Flávio Marques Prol e Bianca Tavolari*

**WORKING PAPER 63** – dez 2010
Proteção ao acionista minoritário no Brasil : breve histórico, estrutura legal e evidências empíricas
*Bruno Meyerhof Salama e Viviane Muller Prado*

**WORKING PAPER 64** – mar 2011
Segurança jurídica e estratégias legislativas: restauração x reforma
*José Rodrigo Rodriguez*

**WORKING PAPER 65** – abr 2011
Corporate criminal liability in Brazil: the paradox of its interpretation by brazilian courts
*Marta Rodriguez de Assis Machado*

**WORKING PAPER 66** – abr 2011
Banco de desenvolvimento, regulação e autorregulação: complementaridade regulatória no mercado brasileiro de capital de risco
*Mario Gomes Schapiro*

**WORKING PAPER 67** – abr 2011
Rediscovering the developmental path? Development Bank, law and innovation finance in the brazilian economy
*Mario Gomes Schapiro*

**WORKING PAPER 68** – abr 2011
Estado, economia e sistema financeiro: Banco de Desenvolvimento como opção regulatória e como estrutura de governança
*Mario Gomes Schapiro*

**WORKING PAPER 69** – JUN 2011

COMO DECIDE O CONSELHO DE RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL?

*VIVIANE MULLER PRADO (COORD.), JULIANA BONACORSI DE PALMA, LUÍS ANTÔNIO DE ANDRADE E ALEXANDRE PACHECO DA SILVA*

**WORKING PAPER 70** – AGO 2011

STATE OWNERSHIP AND CORPORATE GOVERNANCE

*MARIANA PARGENDLER*

# CARTA DO EDITOR

As democracias são regimes em que as desigualdades proliferam. A liberdade de expressão e de organização utilizadas como meio para reivindicar medidas de proteção social permitem a veiculação de um sem-número de demandas dirigidas a instituições formais como o Estado. Tais demandas explicitam várias espécies de desigualdade entre cidadãos e podem resultar na criação de políticas públicas as mais variadas. Além disso, as políticas públicas fazem nascer mais desigualdades, sejam elas resultantes de sua gestão cotidiana ou da eventual exclusão injustificada de uma parcela de cidadãos do seu alcance. Sob a vigência de um regime democrático é impossível conter o surgimento de novas demandas, as quais mantêm as instituições formais sob uma pressão constante.

Não é mais possível descrever todos os conflitos sociais utilizando o conceito de "classe social", nem é possível refletir sobre as questões relacionadas ao desenvolvimento apenas tratando do crescimento econômico e da distribuição de renda. Sabe-se hoje que estes dois temas expressam apenas uma parte dos problemas de uma sociedade. A discriminação de negros, mulheres e povos indígenas, por exemplo, não é causada pela organização econômica e ocorre em países pobres e ricos com as estruturas sociais mais variadas.

Conflitos de natureza econômica ainda são relevantes e fazem parte da agenda de qualquer debate sobre o desenvolvimento no Brasil e no mundo. No entanto, estes problemas não esgotam tal agenda. Precisam ser considerados ao lado de muitas outras questões.

Várias delas são discutidas nesta edição da REVISTA DIREITO GV que reúne textos sobre o tema "Direito e Desigualdades no séc. XXI", os quais servem de introdução à realidade complexa e conflitiva que caracteriza a democracia.

Os textos aqui reunidos abordam temas como a criação de uma moeda mundial, a transferência de tecnologia entre países, trabalho e previdência social, o encarceramento de indígenas e seus direitos culturais, a relação entre comida e direitos humanos, a moradia urbana, o discurso do ódio nas redes sociais e a relação entre feminismo e capitalismo. Foram escritos por autores de vários estados brasileiros e por autores estrangeiros.

Além disso, esta edição traz também traduções de artigos de Nancy Fraser e Ronald Dworkin, dois dos mais destacados teóricos contemporâneos. Fraser escreve sobre a relação entre feminismo e capitalismo a partir da obra de Karl Polanyi. A autora mostra como as reivindicações feministas por inclusão no mercado de trabalho e no sistema de proteção social foram instrumentalizadas pelo neoliberalismo. Por esta razão, a ação política do feminismo precisa de uma revisão crítica para manter seu caráter emancipatório.

De sua parte, Dworkin trata de um dos temas de seu novo livro, *Justice for Hedgehogs*, o conceito de "vida boa". Tal conceito procura conciliar as exigências

universalistas da moral com os interesses de cada indivíduo, uma questão tradicional para a Filosofia Moral. Afinal, se os valores morais forem vistos como meramente externos ao indivíduo, a teoria da justiça se torna meramente heterônoma e deixa de ser a expressão de autonomia das mulheres e homens.

A reflexão sobre as desigualdades contemporâneas, sobre as respostas institucionais dadas a elas, sobre justiça e emancipação, são fundamentais para um estado democrático de direito. Afinal, a legitimidade da democracia é testada todos os dias pelos conflitos sociais. Não há arranjo institucional que resolva todos os problemas e não há elenco de valores que dê conta de todas as visões da justiça e da emancipação em disputa pelos diversos agentes sociais. Sempre que se imagina que estes problemas estejam resolvidos coloca-se em risco a democracia ao congelar o pensamento sobre a desigualdade e sobre a reforma institucional.

Neste contexto, o papel da pesquisa em Direito, muito bem representado pelos textos desta edição, é manter os ouvidos abertos para captar as demandas sociais e refletir sobre seu possível impacto sobre as instituições e sobre a legitimidade da democracia. Pois, o preço da democracia, para parafrasear e mudar o sentido de uma definição famosa, é a insatisfação eterna, a qual nos faz essencialmente humanos e jamais deuses.

Boa leitura!

**O Editor**

***EDITOR'S LETTER***

*Democracies are regimes in which inequalities abound. The freedom of expression and organization used as a means to claim for social protection produces a multitude of demands directed to formal institutions as the State. These demands make explicit the various forms of inequality between citizens: each one of them can result in the creation of different public policies. Moreover, public policies themselves can give place to more inequalities, whether resulting from its daily management or from the unjustified exclusion of a portion of the citizens of their reach. Under a democratic regime it is impossible to contain the emergence of new demands, which maintain formal institutions under constant pressure.*

*It is no longer possible to describe all social conflicts using the concept of "class", nor is it possible to study issues related to development only dealing with economic growth and income distribution. It is now known that these two themes express only one part of the problems of a society. For example, the economic organization of society is not the cause of the discrimination against blacks, women and indigenous people. Discrimination occurs in poor and rich countries and varied social structures.*

*Economic conflicts are still relevant and are part of the agenda of any discussion about development in Brazil and worldwide. However, these problems do not exhaust this agenda. They need to be considered along with many other issues. Several of them are discussed in this number of DIREITO GV LAW JOURNAL on "Law and Inequalities in XXI Century".*

*The articles put together here serve as an introduction to the complex and conflicting reality of democracy. They cover*

*topics such as the creation of an international currency, the transfer of technology between countries, labor and welfare, incarceration of indigenous people and their cultural rights, the relationship between food and human rights, urban housing, hate speech in social networks and the relationship between feminism and capitalism. They were written by authors from several Brazilian states and by foreign authors.*

*Furthermore, this edition includes translations of texts by Nancy Fraser and Ronald Dworkin, two of the most prominent contemporary theorists. Fraser writes about the relationship between feminism and capitalism based on the work of Karl Polanyi. The author shows how the feminist demands for inclusion in the labor market and in the social protection system were manipulated by neo-liberalism. That is the reason why feminist politics must be critically examined and renew to keep its emancipatory character.*

*Ronald Dworkin writes on one of the themes of his new book,* Justice for Hedgehogs*, the concept of "good life". This concept intends to reconcile the demands of an universalistic moral with the interests of each individual, a traditional problem in the field of Moral Philosophy. After all, if moral values are seen as merely external to the individual, the theory of justice becomes merely heteronomous and ceases to be an expression of the autonomy of women and men.*

*Reflection on contemporary inequalities, on the institutional responses given to them, about justice and empowerment, are fundamental to a democratic rule of law. After all, the legitimacy of democracy is tested every day by social conflicts. There is no institutional arrangement that solves all problems for good and there is no list of values that accounts for all the visions of justice and emancipation disputed by the various social agents. Whenever we imagine that these problems are completely solved we put democracy at risk by freezing the reflection on inequality and on institutional reform.*

*In this context, the role of Law research, very well represented by the texts of this edition, is to make constant efforts to identify new social demands and reflect on its possible impact on the institutions and on the legitimacy of democracy. For the price of democracy, to paraphrase and change the meaning of a famous definition, is the eternal dissatisfaction, which makes us essentially human and never gods.*

*Enjoy your reading!*

***The Editor***

# Direito e desigualdades no século XXI

# A MORADIA INFORMAL NO BANCO DOS RÉUS:
## DISCURSO NORMATIVO E PRÁTICA JUDICIAL

*João Maurício Martins de Abreu*

*THE DEFENSE OF HOUSING RIGHTS IN THE CASE OF INFORMAL SETTLEMENTS: DISCOURSE AND PRACTICE*

**RESUMO**

O presente artigo, situado entre a Sociologia e a Teoria Jurídica, enfrenta indagações em torno da efetividade da defesa do direito à moradia no Brasil, com foco em processos judiciais concretos que envolvem assentamentos informais: favelas, loteamentos irregulares e clandestinos, etc. Qual é o discurso normativo vigente em torno do direito à moradia? E qual é a história viva do direito à moradia nos tribunais brasileiros? São esses nossos questionamentos centrais. Contabilizados os resultados, em conclusão, revela-se uma enorme discrepância entre discurso e prática.

**PALAVRAS-CHAVE**

Direito à moradia; assentamentos informais; discurso e prática.

***ABSTRACT***

*This paper, situated between Law and Sociology of Law, deals with issues concerning the effectiveness of judicial defense of housing rights in Brazil, especially the legal proceedings involving informal settlements: slums, tenement dwellers etc. What is the legal discourse about housing rights? What is the live history of housing rights on Brazilian courts? Those are our central questions. As result, we found a large distance between discourse and practice.*

***KEYWORDS***

*Housing rights; informal settlements; (legal) discourse and practice.*

## INTRODUÇÃO

Neste artigo pretendemos sondar e analisar, de forma problematizada, o discurso normativo atualmente vigente em torno do direito à moradia em comparação com a prática judicial brasileira em relação aos assentamentos informais: processos judiciais contra favelas, ocupações de prédios públicos e privados, loteamentos irregulares e clandestinos. Estamos, portanto, no campo da efetividade concreta da defesa do direito à moradia, entre a norma jurídica e o fato social.

Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), passando pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), por disposições explícitas e implícitas de nossa Constituição Federal de 1988, assim como, mais

recentemente, por uma série de leis infraconstitucionais, revela-se a construção, em tese, de uma considerável arquitetura jurídica protetiva do direito à moradia. Mas qual será a história viva desse direito nos tribunais brasileiros, quando são réus moradores de assentamentos informais? Eis o nosso problema central.

A aproximação do real é complexa e a defesa da metodologia que empregamos exigiria pouco menos da metade do espaço de um artigo. Em nossa dissertação de mestrado, onde a citada sustentação pode ser encontrada, percorremos o seguinte trajeto: (a) elegemos como paradigma e analisamos integralmente os autos de uma Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em 1998, em face do Município de Belford Roxo, RJ, que objetivava a condenação do réu a promover o despejo forçado de um assentamento informal instalado, desde o início dos anos 1980, em via pública inconclusa e periférica do município; (b) justificamos a escolha desse caso concreto e não de outro, demonstrando sua representatividade da prática judicial brasileira e comparando-o com outras "fontes" de informação do real, como notícias de jornais, relatos de movimentos sociais, precedentes judiciais de outras ações civis públicas, e também de ações de reintegração de posse e reivindicatórias como pedidos assemelhados; (c) retiramos do caso concreto analisado em minúcias os aspectos generalizáveis, que poderiam ser encontrados em processos judiciais semelhantes. Este artigo incorpora parte substancial dos resultados de nossa dissertação e trata apenas dos citados aspectos generalizáveis para a prática judicial prevalecente, sem referência a particularidades do caso concreto pesquisado no mestrado.

A hipótese que nos conduz nessa comparação entre discurso normativo e prática judicial é uma especificação daquela sugerida por Boaventura de Souza Santos para o caso português, em clássico trabalho de Sociologia Jurídica, segundo a qual,

> … quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes, maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada. Sendo assim, a luta democrática pelo direito deve ser, no nosso país, uma luta pela aplicação do direito vigente, tanto quanto uma luta pela mudança do direito (Santos, 2001, p. 178).

Será que o direito à moradia, principalmente quando invocado em defesa das classes que habitam assentamentos informais, é devido e igualitariamente respeitado e ponderado nos tribunais brasileiros?

Partimos do pressuposto de que o homem e a mulher têm o direito, inerente à própria vida, de ocupar um lugar no espaço e firmar uma relação com ele; de que, normalmente, podem fazê-lo com o intuito de permanecer; e de que morar é um ato estritamente ligado à constituição de um espaço adequado, livre e íntimo para a vida cotidiana; um ato que concorre para a construção da identidade e para

o desenvolvimento da personalidade do sujeito, pois, em torno do ato de morar, normalmente se estabelecem relações e vínculos sociais fundamentais para a vida, tais como a amizade e/ou a familiaridade com o ambiente em que se vive.[1]

Consideramos discurso normativo o conteúdo propriamente dito da lei (em sentido amplo), bem como as correspondentes diretrizes interpretativas abstratamente sugeridas pela doutrina jurídica e/ou por órgãos autorizados – como o Comitê da Organização das Nações Unidas, ONU, no caso das declarações e tratados internacionais. O que caracteriza o discurso normativo, portanto, é o fato de ser construído em tese e em geral. Dele difere a prática judicial, corporificada nos processos judiciais instaurados em nossos tribunais, pois aqui estamos no âmbito da construção de atos e decisões que incidem – direta, imediata e coativamente – sobre casos concretos. Consideramos, por fim, a prática judicial prevalecente aquela refletida em decisões judiciais reiteradas que revelam uma tendência de nossos tribunais, formando o que se convencionou chamar no Brasil de "jurisprudência".

## 1 DO DISCURSO NORMATIVO VIGENTE

Este capítulo está dividido em duas partes. Na primeira, demonstraremos que existe há muito tempo proteção legal válida e apta a produzir efeitos em torno do direito à moradia, proteção essa cada dia mais vigorosa e ramificada. Na segunda, demonstraremos que o alcance interpretativo dessa proteção normativa finca-se numa concepção genérica e autônoma da moradia, que abrange os assentamentos informais – e nem poderia ser diferente.

### 1.1 A proteção legal

Assim como numa tragédia grega anunciada, em que o homem, por ultrapassar sua medida (o *métron*), é punido com a cegueira da razão (a *ate*), abatendo-se sobre ele o destino cego (as garras da *Moira*), também a cultura jurídica formal-positivista, predominante durante boa parte do século XX no Ocidente, paga seu preço. Fica marcada na História como aquela que, em seu apego excessivo e servil à autoridade da norma jurídica como forma abstrata, e não conteúdo, desmereceu, no Direito, indagações sobre justiça e realidade social; aquela cultura que, buscando a pureza do Direito, desumanizou-o; que institucionalizou genocídios; aquela cultura que, portanto, foi punida com a cegueira da própria lógica que acreditava defender e aceitou, passiva e desorientada, o destino cego da humanidade, entre totalitarismos de direita e esquerda.[2]

Como que a fazer um exame forçado de consciência, no pós 2ª Guerra, as nações firmaram unanimemente em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, da então recém-criada ONU.[3] A Declaração, hoje sexagenária, visava fundar um ordenamento jurídico internacional centrado no valor fundamental e global da primazia

da dignidade humana, isto é, na prevalência da ideia da pessoa como um fim em si mesma, como sujeito de direitos pelo simples fato de ser pessoa, e não coisa ou objeto, o que tornou não mais uma questão apenas de soberania a relação de um determinado Estado com seus nacionais. A despeito de algumas reticências de juristas importantes (Villey, 1969),[4] podemos enxergar nesse documento um marco discursivo do compromisso humanista de ruptura com a cultura jurídica formal-positivista, que havia institucionalizado, em passado recente, a barbárie do nazismo.

Sobre o pilar da dignidade humana, a Declaração de 1948 condensa uma série de direitos mínimos, com pretensão de universalidade, que são reunidos em dois grupos: o dos direitos civis e políticos (vida, presunção de inocência, liberdade religiosa, sufrágio universal, etc.), e o dos direitos econômicos, sociais e culturais (alimentação, padrão de vida adequado, trabalho, repouso, instrução, etc.). Dentre os direitos humanos declarados e protegidos – mais especificamente, dentre os direitos humanos sociais – figura desde então o direito à moradia.

O artigo XXV da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ao estabelecer um padrão de vida mínimo como direito de todo e qualquer cidadão, inclui como pré-requisito desse padrão, expressamente, o direito à moradia, equiparado a princípio com a habitação:[5]

> … todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

O que significa a inserção da moradia nesse rol de direitos, digamos, básicos? Qual a relação desse direito com os demais? Há hierarquia? Com base na Resolução 32/130 da ONU e no §5º da Declaração de Viena de 1992, a doutrina internacionalista esforça-se por realçar uma visão de indivisibilidade e interdependência entre todos os direitos citados, rechaçando hierarquias e afirmando que "a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a garantia dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são" (Piovesan, 2008, p. 10).[6] Trata-se de uma perspectiva importante dos direitos humanos, porque não só relaciona visceralmente os valores da liberdade e da justiça social, como, mais do que isso, renuncia a um estéril questionamento sobre a precedência de um valor sobre o outro. Ambos se pressupõem.

O direito à moradia, portanto, não é tido, discursivamente, no plano internacional, como um objetivo distante a perseguir, um direito valorativamente inferior aos demais, mas como um direito cuja observância é, em si, pressuposto do respeito a todo

o sistema global de proteção dos direitos humanos – tão importante quanto os direitos civis e políticos, tão importante quanto os demais direitos econômicos, sociais e culturais presentes na Declaração de 1948.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, em seu artigo 11,[7] expressamente reafirmou o reconhecimento de um direito à moradia universalmente assegurado, impondo aos Estados signatários que ratificassem, e a seus nacionais, o respeito e a observância progressiva daquele direito. O último documento foi ratificado pelo Estado brasileiro em 24 de janeiro de 1992, através do Decreto nº 591, introduzindo indubitavelmente o direito à moradia de modo explícito no plano normativo interno de nosso Direito. Assim, a partir dessa data não se pode seriamente questionar sobre a vigência de norma jurídica – vinculante ao Estado brasileiro, em todos os seus segmentos e funções – que reconheça e proteja dito direito à moradia de modo expresso. O que surgira em 1948 sob a aparência de mera declaração de direito se qualifica e ganha, agora, a força expressa e inequívoca de uma declaração normativa, uma declaração, em tese, dotada de força obrigatória e coativa.

Ainda assim, apenas em 15 de fevereiro de 2000, quase doze anos após a promulgação da Constituição Federal e oito anos após a conclusão do processo de ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a moradia passou a constar expressa, autônoma e formalmente do rol de direitos fundamentais de nossa Constituição. A Emenda de n. 26 alterou a redação original do artigo 6º para passar a enunciar o seguinte: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Muito embora autores das mais diversas vertentes sejam praticamente unânimes em considerar que o direito à moradia já estava implícito no rol de direitos fundamentais (Sarlet, 2004, p. 428; Silva, 2000, p. 317; Saule Jr., 2004, p. 167; Lira *apud* Godoy, 2006, p. 38-39; Melo, 2008, p. 67; Souza, 1008, p. 120-121), a inserção expressa, autônoma e formal representa um marco normativo importantíssimo no ordenamento jurídico brasileiro, porque gerou uma progressiva ramificação legislativa, no âmbito infraconstitucional, emanada dessa fonte comum, o que foi robustecendo o discurso normativo.

As normas constitucionais que preveem a vinculação da propriedade à sua função social;[8] a necessidade de o salário-mínimo ser suficiente para custear as despesas com moradia;[9] a competência comum dos entes federativos para "promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento";[10] assim como o usucapião urbano[11] e rural[12] para a posse continuada e incontestada sobre um terreno alheio, quando ali estabelecida a moradia do possuidor ou de sua família, são exemplos que remetem, incontestavelmente, à proteção implícita do direito à moradia no texto constitucional, independentemente da emenda

26. Além disso, mais do que implicitamente previsto no texto constitucional, o direito à moradia já gozava desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 do *status* até mesmo de direito fundamental, por ser decorrência lógica e social do princípio da dignidade humana, que impõe a satisfação das necessidades existenciais básicas da vida.

Mas foi somente após a Emenda 26, para ficar em três exemplos de caráter geral, que foi aprovado e promulgado o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001; que foi editada a Medida Provisória 2.220 no mesmo ano de 2001; e que foi incluído, em 2007, no Código Civil o direito real de uso especial para fins de moradia.[13]

O Estatuto da Cidade prevê uma série de instrumentos urbanísticos que concernem direta ou indiretamente ao direito à moradia e, em seu artigo 2º, I e XIV, expressamente aponta, como diretriz a ser seguida pelo desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, a garantia do direito à terra urbana e à moradia, assim como a regularização fundiária e a urbanização de áreas ocupadas por populações de baixa renda.[14] O artigo 1º da Medida Provisória n. 2.220, por sua vez, estabelece requisitos para a concessão de uso especial para fins de moradia aos possuidores de imóveis públicos até a data de 30 de junho de 2001 que estivessem nessa condição há mais de cinco anos.[15]

Não resta dúvida, portanto, da existência em tese de um considerável arcabouço normativo a proteger o direito à moradia.

### 1.2 O conteúdo defensivo do direito à moradia

Qual é o alcance interpretativo da proteção legal da moradia? Qual é o seu significado? Mais especificamente: está inserida nessa proteção legal a chamada segurança jurídica da posse dos milhões de brasileiros que habitam assentamentos informais?

Ninguém na doutrina o nega – ao menos abertamente... Até porque uma tese contrária à aplicação do direito à moradia aos assentamentos informais imporia o pesado ônus de argumentar contra todas as diretrizes de conteúdo dos direitos humanos e fundamentais.

Com efeito, o parágrafo 8º da Recomendação n. 4 (1991) da ONU, por exemplo, haurido em apoio ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, apresenta a "segurança jurídica da posse" como o primeiro critério de monitoramento da efetividade do direito à moradia. Ou seja, sem segurança jurídica da posse, segundo a Recomendação, verifica-se uma violação ao direito à moradia. Aliás, a própria Recomendação n. 4 (1991) deixa expresso o seguinte comentário sobre esse critério de avaliação:

> Segurança jurídica da posse: a posse adota uma variedade de formas, inclusive acomodação alugada (pública ou privada), alojamento cooperativo, arrendamento, moradia própria, moradia de emergência e assentamentos

> informais, inclusive ocupação da terra ou propriedade. Apesar do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de segurança de posse que garantisse proteção legal contra despejo forçado (Piovesan, 2008, p. 152).

Em 1997 o Comitê Geral da ONU volta a tratar do tema e edita a Recomendação nº 7, que comenta a relação entre os chamados despejos forçados (notadamente dos assentamentos informais) e o direito à moradia. Segundo a diretriz de conteúdo ali expressa, caso não sejam concedidos meios de proteção legal e de defesa às pessoas, famílias e comunidades ameaçadas de remoção dos lugares ou terras que ocupam, a prática do despejo forçado contrariará frontalmente o direito à moradia.

> O termo "despejos forçados" (...) é definido como o fato de fazer sair as pessoas, famílias ou comunidades de seus lugares e/ou terras que ocupam, de forma permanente ou provisória, sem oferecer-lhes meios apropriados de proteção legal ou de outra índole, nem permitir-lhes o acesso a eles. (...) O próprio Estado deve abster-se de levar a cabo os despejos forçados e garantir que se aplique a lei a seus agentes ou a terceiros (Piovesan, 2008, p. 155-157).

Existe, portanto, uma concepção genérica e autônoma da moradia que impõe a seguinte conclusão: não importa a espécie ou o meio pelo qual se acessa a moradia, se através da aquisição da propriedade, da locação imobiliária, "da compra da posse irregular", da ocupação de áreas públicas ou privadas; a constituição da moradia, independentemente da espécie de moradia, implica, imediatamente, a atração de todo o arcabouço normativo atualmente vigente em sua defesa – se legítima ou não, é questão para cada caso concreto e suas circunstâncias. Eis aí uma pequena síntese do que propaga o discurso normativo vigente.

## 2 ENTRE O DISCURSO E A PRÁTICA: PROBLEMAS EPISTEMOLÓGICOS

A consequência lógica do atual discurso normativo em torno do direito à moradia é tornar, no mínimo, problemática a questão da "legalidade/ilegalidade" da moradia constituída nos assentamentos informais. Daí o anacronismo de referências a assentamentos ilegais, em vez de informais. Não há mais ilegalidade preestabelecida em relação às formas de constituição da moradia. Por isso se justifica, neste momento histórico, o cotejo entre discurso normativo e prática judicial. Mas como compará-los?

Algumas escolhas e observações precisam ser feitas e, dentro do possível, explicadas.

A primeira escolha diz respeito ao próprio tipo de moradia enfocado: interessa-nos a moradia produzida em assentamentos informais e urbanos – favelas, loteamentos

irregulares e clandestinos, ocupações de prédios públicos e privados, etc.[16] Por que visualizar a moradia nos assentamentos informais? Porque é aí que a moradia, como direito, vive seu drama social e coletivizado; é aí que os cidadãos encontram no direito à moradia a sua única trincheira jurídica contra os despejos forçados, enquanto os moradores-proprietários e os moradores-locadores de seus imóveis já têm amparo idôneo no estatuto da propriedade e do inquilinato.

A segunda escolha diz respeito ao aspecto do direito à moradia a ser realçado no discurso normativo vigente: trata-se do aspecto defensivo, isto é, da chamada eficácia negativa do direito à moradia. O drama da moradia nos assentamentos informais poderia ser abordado levando em conta o aspecto prestacional do direito à moradia, isto é, sua eficácia positiva, que consistiria, por exemplo, no direito a uma moradia adequada, considerando fatores como densidade de habitantes por cômodo, saneamento básico, acessibilidade ao mercado de trabalho e a serviços públicos básicos, etc. No entanto, tal abordagem esbarraria numa difícil discussão preliminar sobre os recursos disponíveis para atender àquelas demandas – além de não haver unanimidade na doutrina constitucionalista sobre a justicialidade desse aspecto prestacional dos direitos sociais, ou seja, sobre a possibilidade de exigi-los na Justiça. O mesmo não ocorre com o aspecto defensivo. Ninguém nega ou discute a vinculação imediata e inapelável do Estado e de seus órgãos a uma eficácia negativa inerente ao direito à moradia, ligada a um dever de abstenção do Estado, que não exige empenho de recursos ou algo que o valha, pois simplesmente proíbe, em tese, que qualquer cidadão seja privado arbitrariamente de sua moradia, ou impedido de obter uma (Silva, 2000, p. 318; Sarlet, 2004, p. 447).

A terceira e mais importante observação diz respeito às dissonâncias e re-significações inerentes ao trânsito que leva das normas jurídicas abstratas à prática judicial concreta, dificultando sobremaneira uma análise comparativa. A situação se agrava quando nosso foco se volta, como é o caso, para a defesa do direito à moradia apenas nos processos judiciais que envolvem assentamentos informais, pois não raro esses assentamentos se consolidam em confronto direto com outros direitos e interesses da mesma estatura normativa que a moradia, como o direito de propriedade (pública ou privada), o direito à ordem urbana, e o direito a um meio ambiente sadio. Comparar discurso e prática não seria cair no erro de avaliar realidades distintas sem ter o arrimo de uma medida comum?

Dependendo do que esperamos poder encontrar, a resposta deve ser negativa.

Está correta a afirmação de que a moradia estabelecida em assentamentos informais, por seu caráter muitas vezes desordenado, conflita com diversos outros direitos. Têm-se tornado corriqueiras na justiça brasileira as ações civis públicas em defesa da ordem urbana e do meio ambiente; as ações de reintegração de posse em defesa do direito de posse, do proprietário público ou privado; e as ações reivindicatórias do direito de propriedade. O intuito de todas elas é o despejo forçado

de assentamentos informais, que se defendem com arrimo no direito à moradia. São casos difíceis de resolver. A eles não se aplica o método da subsunção, mas sim o da ponderação dos valores, bens e interesses em conflito, que não têm uma solução *a priori* para todos os litígios concretos que se põem.[17] Dentre tais valores, bens e interesses a serem ponderados está, indubitavelmente, a preservação do direito à moradia.

Não podemos, portanto, esperar que a prática judicial brasileira, em todo e qualquer caso, dê prevalência ao direito à moradia que assiste aos assentados, em desfavor do meio ambiente, da ordem urbana e da propriedade; mas podemos esperar que, diante de casos concretos como os narrados, os atores dos processos judiciais ponderem, debatam e argumentem sobre todas as principais normas jurídicas envolvidas, sem preterir ou diminuir a incidência daquelas pertinentes ao direito à moradia.

Logo, não é uma perfeita identidade entre discurso e prática o pressuposto deste artigo. O que presumimos, e parece irrefutável, é que um direito humano e fundamental, declarado por normas cogentes e dotado de algumas diretrizes básicas de conteúdo não pode ter seu sentido esvaziado na prática do foro quando posto no banco dos réus. Para que outros direitos prevaleçam sobre a moradia informal, em um dado caso concreto, é necessário que isso seja objeto de judiciosa fundamentação; é necessário que sejam conferidas aos assentados as garantias do devido processo legal e da ampla defesa; e, o que é ainda mais importante, em qualquer hipótese deve preservar-se um núcleo mínimo do direito à moradia, inerente à dignidade humana. Se a moradia dos assentados não pode fixar-se em determinado local, deve fixar-se em outro, pois o homem e a mulher não podem viver sem morar.

Reconhecer a complexidade comparativa e as diferenças ontológicas entre discurso normativo e prática judicial não implica que atemos nossas mãos e paralisemos nosso cérebro. Afinal, as normas jurídicas e as interpretações que se constroem ao seu redor – ou seja, o discurso normativo – são concebidas justamente visando a conformação da prática judicial e da realidade social. Compará-los, consequentemente, é um dever.

## 3 DA PRÁTICA JUDICIAL PREVALECENTE

Destacamos três importantes traços gerais da prática judicial brasileira em relação à moradia constituída em assentamentos informais, traços esses que, sem razão para mistério, revelam um esvaziamento da efetividade concreta do discurso normativo em tese vigente.

Primeiro traço: a justiça brasileira é um dos agentes mais acionados para promover, com aparência de legitimidade jurídica, os despejos forçados de assentamentos informais – e costuma aceitar o encargo. É o que denunciam relatórios de movimentos sociais confederados (Fórum Estadual, 2008) e comunitários (Conca, 2009); é o

que noticia a grande mídia, por conta das repercussões "no trânsito" que tais despejos forçados por vezes acarretam (*Folha de S. Paulo*, 2009), e a mídia ligada aos movimentos sociais, por conta da repercussão dos citados despejos "na vida" dos recém-lançados à rua (Agência Brasil de Fato, 2009).

Que processos judiciais são esses? São ações civis públicas, ações de reintegração de posse e reivindicatórias que, principalmente as duas primeiras, frequentemente obtêm liminar de despejo forçado sem oitiva dos assentados e, o mais grave, por vezes tramitam sem oferecer aos assentados ou a representantes que elejam participar do processo que os prejudica.

Para exemplificar, na metrópole do Rio de Janeiro estamos pensando no rumoroso caso da ação civil pública ajuizada em 2006 pelo Ministério Público estadual em face do Município carioca visando o despejo forçado de cerca de cinco mil pessoas, moradoras de sete comunidades pobres do Alto da Boa Vista. Embora houvesse assentados cinquentenários entre os que seriam despojados de suas moradias, menos de uma semana após a distribuição da ação, a liminar foi concedida pelo judiciário fluminense e só não foi efetivada porque as comunidades se mobilizaram e articularam politicamente, impedindo a retirada de qualquer morador. Os rumos do caso ainda estão incertos – a despeito de deferida a liminar. Na metrópole de São Paulo, pensamos no despejo forçado da Favela Real Parque, em dezembro de 2007, radicada na Marginal Pinheiros, na qual cerca de setenta famílias foram despojadas de sua moradia em ação de reintegração de posse promovida pela Empresa Metropolitana de Água e Esgoto; e pensamos, também, no despejo forçado da ocupação conhecida como "Olga Benário", em 2009, através de ação de reintegração de posse em que o judiciário paulista deferiu liminar em favor da empresa de ônibus Campo Lindo, milionária devedora do INSS, na qual: cerca de oitocentas famílias foram desalojadas.[18]

A ordinaridade com que se encontram tais casos na Justiça brasileira põe em cena uma questão fundamental: Será a via judicial um meio tecnicamente adequado e politicamente legitimado para ordenar a ocupação urbana?. A questão não é nova. José Eduardo Faria, em clássico trabalho cujo intuito era reavaliar o papel do judiciário no contexto de transformação social e democratização política vividos no Brasil do final da década de 1980, já indagava: "Estão os tribunais e os magistrados aptos, funcional e tecnicamente, para lidar com conflitos classistas e transgressões de massa envolvendo grupos, classes e coletividades?" (Faria, 1997, p. 95).

No que tange ao nosso tema, a questão parece ganhar maior relevo, e uma série de ramificações, no caso das ações civis públicas que se multiplicam e invocam argumentos de ordem ambiental e urbana para obter o despejo forçado. Estarão nossos procedimentos judiciais e nossos profissionais do Direito (não apenas os juízes) preparados para construir, democraticamente, uma decisão sobre a ordenação urbano-ambiental? Estarão eles preparados para construir uma decisão que seja

fruto, não de audiências em apertadas salas, mas de verdadeiras assembleias deliberativas que reúnam os interessados em participar do processo; uma decisão que seja fruto, não de uma discussão juridicizada de posições simplesmente antagônicas, mas de um debate o mais amplo possível e que revele o real conflito social que subjaz à lide jurídica?

Ao considerar essas questões, não podemos perder de vista que o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/2001, tem como um de seus fundamentos a gestão democrática da cidade, "por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos programas e projetos de desenvolvimento urbano" (art. 2º). E não se trata de mero vetor interpretativo, mas de verdadeira norma jurídica, tendo em vista o que explica a doutrina (Bucci, 2002, p. 323-324) e o que dispõem os artigos 43 e 45 do Estatuto:

> Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:
> I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> II – debates, audiências e consultas públicas;
> III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;
> IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.
> (...)
> Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

Algo parecido pode ser feito através de um processo judicial? Se procedimentos judiciais e profissionais do Direito não estão preparados para tanto, há algo altamente autoritário nesses processos. E é claro que não estão preparados. Em primeiro lugar, por uma questão genérica: a formação de nossos profissionais do Direito está predominantemente situada no interior de uma dogmática jurídica que abstrai o fundamento social dos conflitos judiciais, "coisificando-os" (Warat, 2002, p. 57-99; Faria, 1997, p. 100-102; Streck, 2003, p. 77-87). Em segundo lugar, por uma questão concreta: como já registramos e desenvolveremos a seguir, é comum os assentados sequer serem ouvidos no processo que visa o seu desalijo; as ações civis públicas em defesa dos "interesses difusos e coletivos", por exemplo, tramitam, com a chancela de nossos profissionais, à revelia daqueles mais direta e dramaticamente afetados: os assentados.

A ordenação urbano-ambiental não se faz levando em conta apenas categorias jurídicas.

O segundo traço de nossa prática judicial já foi antecipado: especialmente nas ações civis públicas ajuizadas contra a moradia constituída em assentamentos informais, os moradores diretamente afetados pela questão *sub judice*, os assentados, simplesmente não são chamados a participar do processo judicial – nem eles, nem qualquer representante de seus interesses –, integram a relação processual apenas o Ministério Público estadual e o município onde se localiza a comunidade cujo despejo forçado é almejado. Citem-se, apenas a título representativo dessa prática geral, os seguintes julgados: STJ, Ag. I. 204.814/DF, julgado em 1999; STJ, R.Esp. 189.278/RJ, julgado em 2000; STJ, R.Esp. 1.034.134/RJ, julgado em 2009; TJERJ, Ag. I. 2.200/95, julgado em 1996; TJERJ, Ap. Cível 2006.001.61756, julgada em 2007.

O que de mais corriqueiro argumentam esses julgados? Em resumo, reza a tese prevalecente o seguinte: em ações civis públicas, que visam à defesa de "interesses difusos e coletivos", incumbiria ao autor – normalmente, o Ministério Público – escolher com quem demandar, por força do princípio jurídico da solidariedade, isto é, do princípio que obriga, em iguais condições, todos os causadores do dano a repararem-no. Além dos moradores dos assentamentos informais, também seria causador do dano (ambiental ou à ordem urbana, p.ex.) o município que se omite e permite a constituição e o desenvolvimento de tais assentamentos. Esses municípios violariam a legislação urbanística e/ou se enquadrariam no conceito técnico de poluidor indireto do meio ambiente. Ademais, um argumento que aparece com muita frequência sustenta que a exigência da presença de todos os assentados no processo judicial inviabilizaria o próprio curso da ação e o alcance de seus objetivos, dadas as dificuldades da citação individual e da exata identificação dos assentados, muitas vezes numerosos.

Seguem excertos de acórdãos ilustrativos:

> Ação Civil Pública. Ação proposta pelo Ministério Público em face de município objetivando a desocupação de via pública ocupada por favela. Sentença de procedência do pedido, ao fundamento de que as construções irregulares foram edificadas em logradouro público e não foram licenciadas, violando o Código de Obras do Município e sua legislação urbanística, além de enquadrarem-se no conceito de poluição, previsto no artigo 3º, III, *c*, da Lei Federal n. 6938/81. Recurso dos posseiros, na qualidade de terceiros prejudicados, e do município. Desprovimento dos recursos. Objetivando a ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público o cumprimento de obrigação de fazer ("devida pelo") ente público, ante a lesão perpetrada ao meio ambiente e à ordem urbanística local, não há litisconsórcio necessário entre o município e todas as demais pessoas que

> irregularmente ocupam a área pública, pois estas não podem ser condenadas a satisfazer a prestação positiva postulada na inicial (TJERJ. Ap. Cível 2006.001.61756. Rel. Des. Nametala Jorge. DJ 19/03/2007).
>
> … Não prospera o inconformismo do Distrito Federal. Em se tratando, como é o caso, de ação civil pública intentada pelo Ministério Público para proteger o meio ambiente, não há de se falar na presença na lide, como litisconsortes passivos necessários, de todos os ocupantes da área que se pretende proteger, sob pena de se inviabilizar o curso da ação e o alcance dos seus objetivos (STJ. Ag. 204.814/DF. Rel. Min. José Delgado. DJ 09/02/1999).

Ora, com o devido respeito, tais argumentos, além de indiferentes à realidade social, invertem a lógica jurídica; eles mais revelam as inadequações dos hodiernos procedimentos judiciais para a resolução de casos como os indicados do que qualquer outra coisa. Se, como há muito afirmam os processualistas (Jacob *apud* Cappelletti e Garth, 1988, p. 69), o procedimento é o que "insufla vida aos direitos substantivos" para torná-los efetivos, há uma grande contradição nas objeções à participação dos assentados em processos tais, pois eles fazem prevalecer o procedimento sobre o direito substantivo à moradia.

Vale lembrar, em reforço, a lição lapidar de Luiz Guilherme Marinoni (2007), segundo a qual o que legitima a prestação jurisdicional através do processo judicial é, especialmente, (a) a participação efetiva no processo dos sujeitos que podem sofrer os efeitos diretos da sentença, facultando-lhes plenas oportunidades de interferir na formação da decisão final; assim como (b) a construção e estruturação de procedimentos concretamente adequados às situações de direito substancial carentes de tutela e aos direitos fundamentais materiais (como o é o direito à moradia).

Significa, então, afirmar que todos os assentados, que às vezes se contam aos milhares, deveriam ser pessoalmente citados para integrar o polo passivo das demandas que visam atingir seu direito à moradia, sob pena de o processo ser ilegítimo? Não. Significa, isto sim, que o procedimento que vem sendo adotado em muitas ações judiciais revela ínfima consideração com a efetividade da defesa do direito à moradia, ou seja, com a concretização prática do discurso normativo vigente. É, por isso, um procedimento inadequado e ilegítimo.

Ou se buscam alternativas procedimentais que permitam a abertura do debate processual, através de algum satisfatório meio de representatividade em juízo dos assentados, ou o direito à moradia, mesmo em seu aspecto meramente defensivo, será convertido em simples instrumento de retórica vazia. As *class action* do Direito norte-americano, por exemplo, que inspiraram nossa ação civil pública, permitem que uma ou mais pessoas ajam no processo como "portadores adequados" dos interesses da classe ou da categoria envolvida no litígio de caráter coletivo (Mancuso,

2001, p. 164-165), ultrapassando assim, através da idônea representatividade dos interesses em xeque, o falso argumento prático levantado no Brasil contra o litisconsórcio necessário.

Nada de parecido a esse instituto pode ser encontrado em nossas ações civis públicas. No entanto, negar o caráter imprescindível da representatividade dos assentados nesses processos judiciais é negar a sua própria condição de cidadãos; é negar até mesmo, em última instância, sua condição primeira de pessoas humanas, transformando-os em aviltante objeto de uma prestação: o despejo pelo poder público.

Ninguém detém poder legítimo para fazer de pessoas – seres dotados de desejo, vontade e razão – mera coisa inanimada!

Terceiro traço: segundo nossa prática judicial prevalecente, a perda da moradia dos assentados, quando de seu despejo forçado, não é indenizável.

Nas ações civis públicas em que ausentes os assentados (ou um representante destes), assim como nas liminares concedidas sem a oitiva dos assentados em ações de reintegração de posse, o direito à moradia não entra em cena no debate processual instaurado até a decisão de desalijo – até porque não tem quem o defenda. Figuram como "personagens únicos" as normas ambientais, as posturas urbanísticas e as normas do Código Civil acerca, por exemplo, da "melhor posse". É um debate processual mutilado. No entanto, quando os assentados intervêm no processo judicial, seja como réus ou como "terceiros prejudicados" (este é o caso das ações civis públicas), a questão da defesa da moradia e suas repercussões quase sempre emergem no debate processual. É dizer: mesmo que tarde, mesmo que *a posteriori*, o discurso normativo em torno do direito à moradia normalmente é invocado pelos assentados. A questão que se põe, então, é: Como a prática recebe e absorve o discurso?.

O traço geral que encontramos diz respeito à defesa subsidiária reiteradamente apresentada pelos assentados em suas petições, referente a um pedido de indenização pela perda de suas moradias em caso de julgamento favorável ao despejo forçado. A questão goza de grande dramaticidade, pois os processos judiciais não costumam deliberar sobre o destino dos assentados depois do desalijo; uma indenização poderia atenuar as dificuldades que teriam para produzir sua moradia em outro local. Mas, principalmente no STJ e em especial no que tange a assentamentos constituídos historicamente em áreas públicas, a indenização tem sido sistematicamente negada. Nesse sentido, vejam-se os seguintes acórdãos do STJ: R.Esp. 945.055/DF, julgado em 2009; R.Esp. 863.939/RJ, julgado em 2008; R.Esp. 699.374/DF, julgado em 2007. No TJERJ: Ap. Cível 2006.001.61756, julgada em 2007. Em sentido semelhante, com a diferença de tratar-se de área pública tombada, também no STJ, R.Esp. 808.708/RJ, julgado em 18/08/2009.

Com base em quê decidem os tribunais? Normalmente, com base em enrijecidas interpretações de Direito Civil, sem diálogo com a arquitetura jurídica do direito à moradia. Ou explicam que a moradia constituída, por exemplo, em área pública é

mera detenção de bem fora do comércio; ou que, quando muito, é posse de má-fé, porque constituída sobre bem sabidamente alheio (público ou privado). Às vezes nossos tribunais acrescentam que as casas dos assentados a serem demolidas não geram vantagens ao proprietário (público ou privado) e concluem que não é devida indenização. Simples assim! Sobre o direito à moradia presencia-se de um trágico silêncio nesses julgados.

Vejamos dois casos exemplares.

No Recurso Especial 945.055/DF, julgado em 2009, o STJ se pronunciou sobre ação reivindicatória manejada contra o assentamento informal conhecido como "Chácaras da Colônia Agrícola IAPI – Região administrativa do Guará". Os assentados haviam estabelecido moradia ali e vinham trabalhando a terra havia mais de vinte anos. Além disso, chegaram a receber do poder público documento intitulado "Certificado para Regularização Fundiária". Invocando seu direito de propriedade sobre a área, a Companhia Imobiliária de Brasília Terracap ajuizou a citada ação e obteve êxito em primeira e segunda instâncias. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), todavia, reconheceu como direito dos assentados uma indenização pecuniária pela perda de suas moradias, dada a ciência e prolongada omissão e tolerância do Estado em relação à situação fática, equiparando juridicamente a ocupação exercida pelos assentados à posse de boa-fé do Direito Civil, que autoriza a citada indenização (Código Civil, arts. 1.219 e 1.255 do CC/2002). A companhia recorreu, então, ao STJ, pondo termo à controvérsia, acabou por reformar a decisão do TJDFT para negar qualquer direito de indenização. A ementa abaixo transcrita revela o límpido e rigoroso raciocínio técnico prevalecente.

> ADMINISTRATIVO. OCUPAÇÃO DE ÁREA PÚBLICA POR PARTICULARES. CONSTRUÇÃO. BENFEITORIAS. INDENIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. Hipótese em que o Tribunal de Justiça reconheceu que a área ocupada pelos recorridos é pública e não comporta posse, mas apenas mera detenção. No entanto, o acórdão equiparou o detentor a possuidor de boa-fé, para fins de indenização pelas benfeitorias. 2. O legislador brasileiro, ao adotar a Teoria Objetiva de Ihering, definiu a posse como o exercício de algum dos poderes inerentes à propriedade (art. 1.196 do CC). 3. O art. 1.219 do CC reconheceu o direito à indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, no caso do possuidor de boa-fé, além do direito de retenção. O correlato direito à indenização pelas construções é previsto no art. 1.255 do CC. 4. O particular jamais exerce poderes de propriedade (art. 1.196 do CC) sobre imóvel público, impassível de usucapião (art. 183, §3º, da CF). Não poderá, portanto, ser considerado possuidor dessas áreas, senão mero detentor. 5. Essa impossibilidade, por si só, afasta a viabilidade de indenização por acessões ou benfeitorias, pois não prescindem da posse de boa-fé (arts. 1.219 e 1.255 do

> CC). Precedentes do STJ. 6. Os demais institutos civilistas que regem a matéria ratificam sua inaplicabilidade aos imóveis públicos. 7. A indenização por benfeitorias prevista no art. 1.219 do CC implica direito à retenção do imóvel, até que o valor seja pago pelo proprietário. Inadmissível que um particular retenha imóvel público, sob qualquer fundamento, pois seria reconhecer, por via transversa, a posse privada do bem coletivo, o que está em desarmonia com o Princípio da Indisponibilidade do Patrimônio Público. 8. O art. 1.255 do CC, que prevê a indenização por construções, dispõe, em seu parágrafo único, que o possuidor poderá adquirir a propriedade do imóvel se "a construção ou a plantação exceder consideravelmente o valor do terreno". O dispositivo deixa cristalina a inaplicabilidade do instituto aos bens da coletividade, já que o Direito Público não se coaduna com prerrogativas de aquisição por particulares, exceto quando atendidos os requisitos legais (desafetação, licitação, etc.). 9. Finalmente, a indenização por benfeitorias ou acessões, ainda que fosse admitida no caso de áreas públicas, pressupõe vantagem, advinda dessas intervenções, para o proprietário (no caso, o Distrito Federal). Não é o que ocorre em caso de ocupação de áreas públicas. 10. Como regra, esses imóveis são construídos ao arrepio da legislação ambiental e urbanística, o que impõe ao Poder Público o dever de demolição ou, no mínimo, regularização. Seria incoerente impor à Administração a obrigação de indenizar por imóveis irregularmente construídos que, além de não terem utilidade para o Poder Público, ensejarão dispêndio de recursos do Erário para sua demolição. 11. Entender de modo diverso é atribuir à detenção efeitos próprios da posse, o que enfraquece a dominialidade pública, destrói as premissas básicas do Princípio da Boa-Fé Objetiva, estimula invasões e construções ilegais e legitima, com a garantia de indenização, a apropriação privada do espaço público.
> 12. Recurso Especial provido (STJ. 2ª Turma. R.Esp. 945.055/DF. Rel. Min. Herman Benjamin. Unânime. DJ 20/08/2009).

Embora menos técnico, o julgamento pelo TJERJ da Apelação Cível 2006.001.61756, datado de 2007, opera os mesmos efeitos do julgamento do STJ. Nele, o tribunal estadual se debruçou sobre ação civil pública proposta em 1998 pelo Ministério Público estadual em face do município de Belford Roxo, RJ, cujo objetivo era impor ao município a desobstrução de uma via pública inconclusa que havia sido ocupada para moradia por cerca de vinte famílias na década de 1980, demolindo as construções ali realizadas: ou seja, mais um despejo forçado. O pedido foi totalmente acolhido na sentença de primeira instância – sem a abertura prévia de contraditório aos assentados. Estes intervieram no processo apenas em segunda instância, como terceiros prejudicados, ocasião em que, em seu recurso, propugnaram pela defesa de sua moradia, arguiram que o poder público cobrava – e eles pagavam

– há anos imposto territorial (IPTU) e, caso prevalecesse a sentença, reivindicaram direito de indenização. O Tribunal negou todos os pleitos dos assentados, equiparando-os a possuidores de má-fé, algo que tangencia a criminalidade, pelo fato de ser via púbica, ainda que inconclusa, a área em que suas moradias haviam sido edificadas. Como, segundo a letra do Código Civil, não cabe direito de indenização aos chamados possuidores de má-fé…

> Ação Civil Pública. (…) Tendo em vista tratar-se de posse de má-fé, inexiste direito de indenização e retenção pelas acessões e benfeitorias existentes.[19] Não é crível que os invasores, por mais humildes que fossem, ignorassem que a sua posse estava irremediavelmente viciada. Afinal, ninguém constrói uma espécie de favela no meio da rua e não tem consciência de que está agindo em contrariedade às normas de convivência e do direito. Ninguém edifica uma casa no meio de uma via pública sem estar agindo de má-fé.[20] Ainda mais no caso dos recorrentes, que desenvolveram sua posse ameaçando e amedrontando os vizinhos, que tiveram de assistir impotentes ao surgimento de uma favela a quatro metros de suas portas. Não estando, ademais, preenchidos os requisitos legais, inviável a concessão de uso especial de bem público (arts. 1º e 5º da Medida Provisória n. 2220/2001). Não há dúvida de que a posse deve atender a sua função social e que a invasão em causa é reflexo do conjunto de uma série de problemas sociais. Entretanto, essas questões devem ser resolvidas em harmonia com a Constituição e com as leis. A sentença não apresenta qualquer contradição, estando os prazos para seu cumprimento fixados em perfeita sintonia (TJERJ. 10ª Câmara Cível. Ap. Cível 2006.001.61756. Rel. Des. Nametala Jorge. Unânime. DJ 19/03/07)

Num concerto tão fechado e tão bem concatenado de conceitos e institutos de Direito Civil, principalmente acerca da posse, haverá espaço para a efetiva defesa do direito à moradia em juízo – ou seja, para a concretização prática do discurso normativo –, quando se impuser um confronto com esses mesmos conceitos e institutos tradicionais?

Não pretendemos discutir teses ou conceitos jurídicos em si, muito menos dentro do cerco dogmático tradicional. No entanto, não nos furtamos a registrar que é necessário promover uma profunda renovação do sistema codificado sobre institutos como a posse e a propriedade, declarando, inclusive, a inconstitucionalidade de alguns conceitos operacionais caducos, como o de posse de boa-fé (Código Civil, art. 1.201), quando a posse em questão houver sido instituída para fins de moradia: posse-moradia. Tal conceito é essencial, na sistemática do Código, para definir quando há ou não direito de retenção, de indenização, direito aos frutos, às benfeitorias, etc. (arts. 1.214-1.222), e efeitos de tal magnitude não podem, ainda hoje, estar à

mercê do subjetivismo de o possuidor "ignorar" ou não o vício, ou obstáculo, que impede a aquisição da propriedade!

Tampouco nos furtamos a afirmar a necessidade de descolar o estudo da posse do estudo da propriedade, rompendo com o paradigma instaurado no Brasil pela teoria da posse do romanista alemão Rudolf Von Ihering (1818–1892), que é a fonte em que foi beber o legislador ao conceituar o possuidor no artigo 1.196 do Código Civil de 2002, repetindo o que já fizera o legislador de 1916 (art. 485).[21] Segundo essa teoria, *grosso modo*, a posse é a exteriorização da propriedade e, portanto, seria em função do conceito jurídico de propriedade que o estado de fato da posse (acessório e dependente) deveria ser pensado (Bevilaqua, 1956, p. 15-92; Bessone, p. 221-320). Devemos, ao contrário, defender a autonomia da posse e de sua tutela em relação à propriedade, antes de tudo por um princípio de realidade: a posse é que é real; ainda que muito importante, a propriedade descolada da posse é um título jurídico, um conceito. Além disso, no caso brasileiro, a propriedade imobiliária, rural ou urbana, não está disseminada pela população; afora a nossa histórica concentração de terras, desde a Lei do Império 601/1850 o contrato de compra e venda (ou seja, o mercado formal) é o meio por excelência da aquisição da propriedade, mas o mercado formal, que exige escritura pública e registro imobiliário (Código Civil, arts. 108 e 1.226), não é acessível a todos –, talvez nem mesmo à maioria (Abreu, 2009, cap. 1). Nesse sentido, vale ressaltar o fracasso de programas de disseminação do crédito imobiliário, como o Sistema Financeiro de Habitação, SFH, na tentativa de difundir o acesso à casa própria pelas classes mais pobres da população. Como demonstra recente pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, IPEA, para cada propriedade financiada pelo SFH entre 1964 e 1986 (foram 4,8 milhões de reais), foram constituídas ao menos três posses irregulares ou clandestinas em assentamentos informais (cerca de 15 milhões de reais) (Morais e Cruz, 2009). Nesse contexto, ao conceber a legalidade/ilegalidade da apropriação e ocupação do território brasileiro de modo enrijecido, referindo-se em última instância ao conceito central de propriedade, a dogmática jurídica tradicional e a prática judicial que a acolhe correm o mesmo risco do alienista de Machado de Assis, que se vê na contradição de, em certo momento, considerar "normal" apenas uma minoria da população.

Uma concepção da posse apartada da de propriedade permitiria, por exemplo, ultrapassar a rígida qualificação de meros detentores atribuída, por alguns acórdãos citados, aos moradores de assentamentos informais historicamente constituídos em áreas públicas, para negar-lhes o direito de indenização.

Diga-se, enfim, que o esforço de conferir autonomia de tratamento jurídico à posse frente à propriedade, utilizando-se principalmente do signo da função social de uma e outra, já vem sendo empreendido pela doutrina brasileira, e de forma contundente, podendo-se citar, apenas a título ilustrativo, a tese de Doutorado de Marcos Alcino de

Azevedo Torres (2008) e os artigos interdisciplinares, de História e Direito, de Laura Beck Varela (2002a, 2002b, 2002c).

O que nos importa frisar é que, enrijecido o debate processual e preconcebido o conteúdo das teses e normas jurídicas, nenhum proveito gera aos assentados todo o longevo e importante discurso normativo construído em torno do direito à moradia; sua sorte, independentemente das circunstâncias de cada caso, estará previamente traçada – desde a Alemanha oitocentista, desde Ihering.

Afinal, onde está, na prática judicial retratada, a necessária ponderação com a "segurança jurídica da posse" dos assentados, que deveria ser enfrentada para atingir-se uma decisão de "'despejo forçado"? Onde está a análise judiciosa do direito à moradia dos assentados, para explicar por que ele deve ceder frente a outros direitos e interesses? Onde está indicada a preocupação concreta com o destino dos assentados, após o despejo forçado? Não nas decisões judiciais – ao menos não na maioria delas! Não importa que os assentados tenham constituído sua moradia há anos, às vezes há mais de uma ou duas décadas; não importa que ajam sem clandestinidade ou violência; não importa a questão social e econômica subjacente; não importa que o poder público municipal tenha tolerado essa conduta prolongada por longos anos; não importa que o poder público tenha passado, até mesmo, a cobrar IPTU dos moradores do assentamento (TJERJ, Ap. Cível 2006.001.61756, 2007); tampouco importa que o próprio poder público tenha concedido aos assentados, no passado, documento que certificasse a "regularidade de sua ocupação" (STJ, R.Esp. 945.055/DF, 2009; STJ, R.Esp. 808.708/RJ, 2009); também não importa que o desalijo cause dano aos assentados, pela perda de suas moradias – o que importa, para negar-lhes uma indenização, como no R.Esp. 945.055/DF, é que as construções que edificaram em nada aproveitam ao poder público.

Casos judiciais que envolvem assentamentos informais são casos difíceis, em que não cabe o método da subsunção e não há uma resposta *a priori*, como já destacamos. Não estamos, contudo, defendendo uma prevalência invariável e absoluta do direito à moradia quando em confronto com outros direitos, bens e interesses fundamentais, mas sim que, a contar pelo discurso normativo vigente, as circunstâncias concretas supraenumeradas deveriam, obrigatoriamente, ser ponderadas nos processos judiciais em foco, garantindo-se um mínimo de efetividade que a moradia, como qualquer outro direito humano e fundamental, deve sempre preservar. Se a moradia não pode ser exercida em determinado lugar, e o assentamento informal precisa mesmo ser removido, ela deve ser exercida em outro lugar, que não turbe o acesso ao trabalho aos assentados. O re-assentamento adequado ou a indenização cabal formam o núcleo mínimo da defesa do direito à moradia. E não estamos sós em tal posicionamento.

> A grande novidade da ordem jurídica brasileira, mas que ainda não foi totalmente compreendida, é que onde valores constitucionais forem

> incompatíveis e um tiver que prevalecer sobre o outro, medidas concretas [têm] que ser tomadas para mitigar ou compensar o valor afetado. É esse o espírito da mencionada MP n. 2.220/2001: se o direito de moradia dos ocupantes de assentamentos informais em terras públicas não puder ser exercido no mesmo local, devido a razões ambientais, o direito de moradia continua prevalecendo, devendo ser exercido em outro lugar adequado (Fernandes, 2006, p. 357).

## Conclusão

A despeito do que declaram nossas leis, o que temos visto em juízo, com poucas exceções, é uma verdadeira espoliação da defesa dos cidadãos que vivem em assentamentos informais, em sua maioria pessoas pobres. Em processos judiciais que combatem, com argumentos jurídicos, a produção de moradia nesses assentamentos, mostra-se dominante um comportamento processual (principalmente do judiciário) que bloqueia a discussão e aplicação efetiva do direito à moradia em favor dos assentados.

Não à toa, portanto, o relatório de monitoramento do direito à moradia no Brasil, endereçado à ONU em 2004, chega a sugerir que nossos tribunais não enxergam os grupos vulneráveis (notadamente, a parte das classes mais pobres obrigada a produzir sua moradia na informalidade) como titulares do direito à moradia. Diz o relatório: "... uma medida importante é o reconhecimento dos grupos vulneráveis como titulares do direito à moradia, não podendo ser discriminados em razão da origem social, posição econômica, origem étnica, sexo, raça ou cor" (Saule Jr., 2006, p. 248).

Tudo isso considerado, podemos infelizmente confirmar, para caso específico que nos moveu, a hipótese sociológica de Boaventura de Souza Santos levantada na introdução deste artigo, não como uma verdade irretorquível, pois não estamos no campo das ciências exatas, mas como uma tônica prevalecente em nossa prática judicial atual: "Quanto mais caracterizadamente uma lei protege os interesses populares e emergentes maior é a probabilidade de que ela não seja aplicada".

Resta o desafio da luta, no Direito e fora dele, para mudar essa realidade.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 24/01/2011*

NOTAS

Agradeço a meu orientador de Mestrado, o sociólogo Maurício Vieira Martins, pelo estímulo e pelo rigor metodológico com que avaliou boa parte dos resultados aqui apresentados, desde o início da pesquisa, em 2007.

**1** Essas pressuposições encontram amparo em documentos internacionais sobre o chamado direito à moradia, dentre os quais figura a Recomendação n. 4 (1991) do Comitê Geral da ONU acerca do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966: "§7º. Na visão do Comitê, o direito a moradia não deveria ser interpretado em sentido restritivo que o equiparasse com, por exemplo, o abrigo obtido por ter apenas um telhado [sobre] a cabeça ou a visões que o equiparam a mercadoria. Ao contrário, deve ser visto como o direito de viver em algum lugar em segurança, paz e dignidade".

**2** Essas fortes afirmações encontram amparo, p.ex., em Villey, 2003, p. 185-186; Comparato, 2006, p. 361-363; Calamandrei: 2003, p. 179-197, esp. 181-184.

**3** Documento adotado e proclamado pela Resolução n. 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, com 48 (quarenta e oito) votos favoráveis e 8 (oito) abstenções. Sobre o tema, resumidamente, Piovesan, 2008, p. 3-13, 19-21.

**4** As reservas não podem imobilizar nossa *praxis*. Por isso, preferimos seguir os passos de Boaventura de Souza Santos, que defende uma apropriação contra-hegemônica dos direitos humanos, a fim de não deixar o seu potencial emancipatório reprimido pelos estreitos limites do discurso neoliberal que tem sido dominante a respeito do assunto (Santos, 2007, esp. p. 34-35).

**5** Não obstante o termo utilizado no artigo ser "habitação" e não "moradia", como passou a ser de praxe nos documentos internacionais posteriores, adota-se aqui o termo "direito à moradia" porque as normas de Direito interno referem-se, principalmente, à defesa e provisão da "moradia" e também porque existe no Direito Civil brasileiro a figura jurídica do "direito real de habitação" (art. 1.225, VI do CC/2002), cujo conteúdo, muito restrito, não se confunde com o amplo espectro do direito à moradia.

**6** Nesse sentido, a Resolução 32/130 da ONU, posteriormente reforçada pelo §5º da Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, estabelece: "todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente entre si, e são indivisíveis e interdependentes".

**7** "Art. 11. Os Estados signatários do presente pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma contínua melhoria de suas condições de vida".

**8** Cf. art. 5º, XXIII, arts. 170, III e 182, §2º, da Constituição.

**9** Cf. art. 7º, IV, da Constituição.

**10** É o que prevê o art. 23, IX, da Constituição.

**11** Cf. art. 183 da Constituição.

**12** Cf. art. 191 da Constituição

**13** A Lei 11.481/2007 acrescentou ao art. 1.225 do CC/2002 um inciso XI e passou a estabelecer: "Art. 1.225. São direitos reais: (...) XI – a concessão de uso especial para fins de moradia".

**14** "Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; (...) XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o

estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais".

**15** "Art. 1º. Aquele que, até 30 de junho de 2001, possuiu como seu, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, até duzentos e cinquenta metros quadrados de imóvel público situado em área urbana, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, tem o direito à concessão de uso especial para fins de moradia em relação ao bem objeto da posse, desde que não seja proprietário ou concessionário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural. §1º. A concessão de uso especial para fins de moradia será conferida de forma gratuita ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil. §2º. O direito de que trata este artigo não será reconhecido ao mesmo concessionário mais de uma vez. §3º. Para os efeitos deste artigo, o herdeiro legítimo continua, de pleno direito, na posse de seu antecessor, desde que já resida no imóvel por ocasião da abertura da sucessão".

**16** O delicado conceito de favela aqui adotado – pela necessidade de alguma objetividade conceitual e pelo fato de, segundo parece, as dissidências em torno do tema não interferirem no que iremos defender – será aquele utilizado pelo IBGE, que toma o termo como sinônimo de aglomerado subnormal, isto é, conjunto de no mínimo 51 residências que ocupam terreno alheio (público ou privado), que estão organizadas de forma desordenada, com elevada densidade populacional e carência de serviços públicos essenciais (IBGE, 2000). Acesso em: 23 set. 2009). Para uma crítica dessa definição, Valladares, 2005, p. 149-150. Loteamento irregular, por sua vez, é aquele que, não se enquadrando no conceito de favela, não tem projeto aprovado na prefeitura, mas pode ser regularizado. Já o loteamento clandestino, fora mais uma vez o caso das favelas, é aquele feito por pessoas que não são proprietárias da área loteada e, por isso, não é passível de regularização.

**17** Sobre o tema, desde a década de 1960, anota o civilista alemão Karl Larenz, com grande influência no Brasil: "A 'ponderação de bens no caso concreto' é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei –, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito, como o do direito geral da personalidade, ficou em aberto" (Larenz, 1997, p. 587). No Brasil, o tema tem grande relevância na literatura constitucionalista. Por todos, Sarmento, 2000.

**18** O caso da metrópole fluminense está brevemente relatado em Fórum Estadual de Luta pela Reforma Urbana/RJ. Relatório de situações de violação do direito à moradia digna no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://cedes.iuperj.br/PDF/06agosto/anexos/relatorio-direito-a-moradia.pdf. Acesso em: 20 nov. 2008. Para mais detalhes, compêndio de reportagens e permanente atualização sobre o conflito. Disponível em: http://concacidadania.blogspot.com/. Acesso em: 20 set. 2009. Já para casos da metrópole de São Paulo, Remoção de favela provoca congestionamento recorde (*Folha de São Paulo*), e Moradores e PMs entram em confronto (*O Estado de São Paulo*). Disponível em: www.sptrans.com.br/clipping_anteriores/2007/dezembro2007/clipping121207/pagina1.htm. Acesso em: 20 set. 2009. Ver também: Polícia despeja violentamente moradores de ocupação na Zona Sul – pelo menos 570 das 800 famílias despejadas, do acampamento Olga Benário, devem permanecer na rua (Agência Brasil de Fato). Disponível em: www.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/policia-despeja-violentamente-moradores-de-ocupacao-da-zona-sul. Acesso em: 25 ago. 2009.

**19** Nesse ponto, a ementa faz referência implícita à interpretação *a contrario sensu* do art. 1.219 do CC/2002, segundo o qual apenas "[o] possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis".

**20** Nesse ponto, a ementa faz referência implícita ao conceito, *a contrario sensu*, de possuidor de má-fé insculpido no *caput* do art. 1.201 do CC/2002, que enuncia: "É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa".

**21** Para Ihering, "há, sempre, um certo paralelismo entre a posse e a propriedade. Isso significa que onde há propriedade é sempre possível a posse; onde não há propriedade, como no caso de coisas fora do comércio, não há também posse. Esse paralelismo (...) vem sempre demonstrar que a proteção possessória é concedida como complemento da propriedade e para assegurar-lhe o exercício" (Bessone, 1988, p. 252).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ABREU, João Maurício Martins de. A efetividade da defesa da moradia em juízo: estudo de casos no Brasil. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF. Dissertação de Mestrado, 2009.

BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. 10. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1955, v. 3.

_____. *Direitos das coisas*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Gestão democrática da cidade. In: DALLARI, A. A.; FERRAZ, S. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 322-341.

CALAMANDREI, Piero. Processo e justiça. In: *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p. 179-197.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no mundo moderno.* São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

FARIA, José Eduardo. Ordem legal x Mudança social: a crise do judiciário e a formação do magistrado. In: *Direito e justiça – a função social do judiciário*. 3. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 95-110.

FERNANDES, Edésio. Preservação ambiental ou moradia? Um falso conflito. In: FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. (Coord.). *Direito urbanístico: estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 356-358.

FÓRUM ESTADUAL DE LUTA PELA REFORMA URBANA/RJ. Relatório de situações de violação do direito à moradia digna no estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://cedes.iuperj.br/PDF/06agosto/anexos/relatorio-direito-a-moradia.pdf. Acesso em: 20 nov. 2008.

GODOY, Luciano de Souza. *O direito à moradia e o contrato de mútuo imobiliário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

IBGE. Uma análise dos resultados da amostra do Censo Demográfico 2000. Disponível em: www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tendencias_demograficas/comentarios.pdf. Acesso em: 23 set. 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

LIRA, Ricardo Pereira. Campo e cidade no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 309-379.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação Civil Pública*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007, p. 509-539.

MELO, Marco A. Bezerra de. *Legitimação de posse dos imóveis urbanos e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008.

MORAIS, Maria da Piedade; CRUZ, Bruno de Oliveira. *Housing demand, tenure choice and housing policy in Brazil*. Disponível em: http://www.worldbank.org/urban/symposium2007/papers/piedade.pdf. Acesso em: 20 abr. 2009.

PIOVESAN, Flávia et al. *Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. A sociologia dos tribunais e a democratização da justiça. In: *Pela mão de Alice – o social e o político na pós-modernidade*. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia. In: SAMPAIO, José Adércio. *Crise e desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 415-466.

SAULE Jr., Nelson. *A proteção jurídica da moradia nos assentamentos irregulares*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2004.

_____. Instrumentos de monitoramento do direito humano à moradia adequada. In: FERNANDES, E.; ALFONSIN, B. *Direito Urbnanístico – estudos brasileiros e internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 215-250.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA, Sérgio I. Nunes de. *Direito à moradia e de habitação*. 2. ed. São Paulo: RT, 2008.

STRECK, Lênio L. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VALLADARES, Lícia do Prado. *A invenção da favela – do mito de origem à favela.com*. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
VARELA, Laura Beck. Das propriedades à propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, J. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002a.
_____. Da propriedade às propriedades: função social e reconstrução de um direito. In: MARTINS-COSTA, J. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002b.
_____. A tutela da posse entre abstração e autonomia: uma abordagem histórica. In: MARTINS-COSTA, J. *A reconstrução do Direito Privado*. São Paulo: RT, 2002c.
VILLEY, Michel. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
_____. L'humanisme et le droit. In: *Seize essais de philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1969, p. 60-72.
WARAT, Luiz Alberto. O monastério dos sábios: sentido comum teórico dos juristas. In: *Introdução geral ao Direito*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002, v. 2, p. 57-99.

## LEGISLAÇÃO CONSULTADA

ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 10 de dezembro de 1948, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas.
_____. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 16 de dezembro de 1966, adotado pela Resolução nº 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.
BRASIL. Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, que institui o Código Civil.
_____. Lei 4.771 de 15 de setembro de 1967, que institui o novo Código Florestal.
_____. Lei 7.347 de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública.
_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988.
_____. Lei 10.257 de 10 de julho de 2001, que institui o Estatuto da Cidade.
_____. Medida Provisória 2.220 de 4 de setembro de 2001, que dispõe sobre a concessão de uso especial de que trata o §1º do art. 183 da Constituição, cria o Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano (CNDU) e dá outras providências (em tramitação).
_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil.
IMPÉRIO DO BRASIL. Lei 601 de 18 de setembro de 1850, que dispõe sobre as terras devolutas do Império.
_____. Lei 1.237 de 26 de setembro de 1864, que reforma a legislação hypothecaria.

## PROCESSO JUDICIAL ANALISADO INTEGRALMENTE

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ação Civil Pública autuada originalmente sob o nº 1998.683.010033-9; julgamento do Superior Tribunal de Justiça transitado em julgado em maio de 2009.

## PRECEDENTES JUDICIAIS CONSULTADOS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ag. I. 204.814/DF. Rel. Min. José Delgado. DJ 09/02/1999.
_____. R.Esp. 189.278/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 29/11/2000.
_____. R.Esp. 699.374/DF. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 18/06/2007.
_____. R.Esp. 808.708/RJ. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 04/05/2011.
_____. R.Esp. 863.939/RJ. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ 24/11/2008.
_____. R.Esp. 945.055/DF. Rel. Min. Herman Benjamin. DJ 20/08/2009.
_____. R.Esp. 1.034.134/RJ. Rel. Min. Humberto Martins. DJ 14/04/2009.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Ag.I. 2.200/95. Rel. Des. Martinho Campos. DJ 09/04/1996.
_____. Ap.Cível 2006.001.61756, Rel. Des. Nametala Jorge. DJ 19/03/2007.

## NOTÍCIAS CONSULTADAS

AGÊNCIA BRASIL DE FATO. Polícia despeja violentamente moradores de ocupação na Zona Sul – pelo menos 570 das 800 famílias despejadas, do acampamento Olga Benário, devem permanecer na rua. Disponível em: www.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/policia-despeja-violentamente-moradores-de-ocupacao-da-zona-sul. Acesso em: 25 ago. 2009.
CONCA – Conselho de Cidadania do Alto da Boa Vista. Comunidades do Alto da Boa Vista correm risco de remoção. Disponível em: http://concacidadania.blogspot.com/. Acesso em: 20 set. 2009.
O ESTADO DE SÃO PAULO. Moradores e PMs entram em confronto. Disponível em: www.sptrans.com.br/clipping_anteriores/2007/dezembro2007/clipping121207/pagina1.htm. Acesso em: 20 set. 2009.
FOLHA DE SÃO PAULO. Remoção de favela provoca congestionamento recorde. Disponível em: www.sptrans.com.br/clipping_anteriores/2007/dezembro2007/clipping121207/pagina1.htm. Acesso em: 20 set. 2009.
IPEA. Folha de S. Paulo (SP): 54,6 milhões vivem no país em moradia inadequada. Disponível em: www.ipea.gov.br/003/00301009.jsp?ttCD_CHAVE=6717. Acesso em: 11 nov. 2008.

*João Maurício Martins de Abreu*

Mestre em Sociologia e Direito pela UFF
Advogado
Professor licenciado da Universidade Estácio de Sá (Unesa)

Rua da Quitanda, 199, gr. 210
Centro – 20.091-005
Rio de Janeiro – RJ – Brasil
*joaomauricio@cvpa.adv.br*

# UNIDADE NA DIVERSIDADE: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO COSMOPOLITA E SUA FUNÇÃO NO ESTABELECIMENTO DE UMA MOEDA MUNDIAL

*Fernando dos Santos Lopes*

*UNITY IN DIVERSITY: THE PRINCIPLES OF COSMOPOLITAN LAW AND ITS ROLE IN THE ESTABLISHMENT OF A WORLD CURRENCY*

**RESUMO**

Este artigo objetiva verificar se é possível e como é possível utilizar o Direito Cosmopolita para reconstruir a atual ordem mundial segundo princípios de justiça, de modo a alcançar a paz perpétua e eliminar a pobreza. Serão expostos os fundamentos do Direito Cosmopolita, contrastando-os com as relações de poder vigentes no âmbito internacional que são caracterizadas como de interdependência assimétrica. Partindo-se da premissa de que as sociedades contemporâneas podem ser compreendidas como sistemas que oscilam entre a cooperação e o conflito, serão analisadas as estruturas institucionais subjacentes a essa tensão social, com destaque para o funcionamento do sistema monetário internacional. Após a identificação dos fatores institucionais causadores do conflito e da pobreza, analisaremos a proposta oferecida por Keynes, em Bretton Woods, de criação de uma moeda mundial de reserva. Isso será feito com o intuito de constatar se essa proposta se adequa aos fundamentos do Direito Cosmopolita no sentido de ser um meio de eliminar a injustiça, retirando, por conseguinte, o principal óbice para o atingimento da paz.

**PALAVRAS-CHAVE**

Direito Cosmopolita; Moeda mundial; Princípios de justiça.

***ABSTRACT***

*The objective of this work is to verify whether it is possible and how you can use the cosmopolitan law to rebuild the current world order according to principles of justice, a way to achieve everlasting peace and eliminate poverty. It will be exposed to the fundamentals of cosmopolitan law, contrasting them with the power relations prevailing in the international arena that are characterized as asymmetrical interdependence. Based on the premise that contemporary societies can be understood as systems that oscillate between cooperation and conflict, will be analyzing the institutional structures that underlie social tension, especially the functioning of the international monetary system. After identifying the institutional factors that cause conflict and poverty will be analyzed the proposal offered by Keynes at Bretton Woods to create a world reserve currency, which will be done in order to determine whether this proposal fits to the fundamentals of Cosmopolitan in the sense of being a means of eliminating injustice removing therefore the main obstacle to the achievement of peace.*

***KEYWORDS***

*Cosmopolitan Law; Global currency; Principles of Justice.*

## INTRODUÇÃO

Após o impacto gerado pelas ideias de Rawls referentes à construção de instituições sociais segundo princípios de justiça,[1] alguns de seus mais proeminentes discípulos iniciaram uma discussão acerca da viabilidade de não restringir a aplicação desses

princípios ao âmbito interno de determinadas sociedades. Ou seja, pretendeu-se expandir a aplicação dos princípios de justiça para o contexto das relações internacionais.

Ocorre, contudo, que os princípios de justiça propostos por Rawls a partir do artifício epistemológico da posição original foram desenvolvidos para promover a justiça num contexto de cooperação, o que implicaria a necessidade de se verificar, num primeiro momento, qual a espécie de relação que existe atualmente entre os Estados nacionais.

Dependendo do que fosse constatado, seria possível iniciar uma discussão acerca da viabilidade de se aplicar a teoria da justiça desenvolvida por Rawls em âmbito internacional, ou mesmo alguma outra concepção de justiça, tal como a cosmopolita, que será exposta neste trabalho.

Ao contrário do filósofo político, o teórico do Direito não pode se limitar à formulação de princípios de justiça e, diferentemente do sociólogo, não pode se limitar a descrever o funcionamento das instituições sociais. Além de conhecer os aspectos filosóficos e sociológicos relacionados à questão da justiça, ele deve descrever as medidas que deveriam ser consubstanciadas em leis com o intuito de tornar a justiça entre os povos uma situação real, com vistas a se obter um estado de paz perpétua.

Com efeito, a paz mundial que se busca atingir por meio do Direito Cosmopolita é uma paz perpétua derivada da justiça, e não uma paz constantemente ameaçada por guerras e revoluções.[2]

Tendo em vista esse contexto, após uma interpretação dos princípios de justiça cosmopolita contidos na Declaração de Princípios sobre a Tolerância,[3] na declaração sobre o direito ao desenvolvimento[4] e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos e Sociais[5] faremos uma análise das relações de poder no âmbito internacional, com especial destaque para as relações monetárias, de modo a investigar se a implantação de uma moeda mundial seria uma medida idônea a tornar as relações internacionais adequadas aos princípios de justiça cosmopolita, o que representaria um passo importante no sentido de se construir uma nova ordem mundial fundada na paz perpétua derivada da justiça.

## 1 O PRINCÍPIO DA TOLERÂNCIA

Da Declaração de Princípios sobre a Tolerância é possível extrair que o princípio da tolerância não exige, por exemplo, que muçulmanos passem a aceitar como corretos os ensinamentos judaicos, ou vice-versa, mas exige que todas as religiões professem a fé no direito de todos serem livres para seguir a religião que quiserem. Ou seja, o limite jurídico que deve ser imposto às religiões é o imperativo do respeito à liberdade religiosa do próximo: seja livre para professar qualquer religião, conquanto permita que o outro também seja livre.

*Prima facie*, pode parecer contraditório afirmar que a liberdade surge como consequência da imposição de um dever. No entanto, tal contradição é apenas aparente, uma vez que esse dever consiste numa forma especial de um dever moral: o dever de ser livre.

O conceito de tolerância se opõe ao conceito de imposição. O indivíduo tolerante se abstém de impor seus pensamentos a outrem, pois, embora discordante no que se refere às concepções do próximo, não procura impor por meio da força, seja esta legal ou não, a aceitação de seu próprio pensamento.

Trata-se por certo de um princípio de caráter ético por excelência, uma vez que voltado a reger processos intersubjetivos. Numa sociedade tolerante, um cidadão judeu deve respeitar os ensinamentos de um cidadão muçulmano, e vice-versa.

Isso não significa que os dois devam pensar da mesma forma, pois se assim o fosse não precisaria haver tolerância. Com efeito, a função do princípio da tolerância é justamente proporcionar paz a um ambiente de opiniões divergentes. Ora, se judeus e muçulmanos pensassem da mesma forma, não haveria o que ser tolerado.

O princípio da tolerância implica a existência de uma simetria no respeito às diferenças, não significando, por certo, a eliminação dessas diferenças. Tudo aquilo tendente a impor um único posicionamento para acabar com as diferenças é incompatível com a tolerância e, por conseguinte, com a democracia que tem sua existência vinculada a um regime de discussão, e não de imposição.

Além disso, um ponto que deve ser destacado é que a tolerância não é voltada única e exclusivamente a reger as relações entre os Estados, sendo, acima de tudo, um direito humano absoluto.[6]

Como direito humano absoluto, vincula tanto as relações entre os Estados quanto entre estes e os membros da família humana, pouco importando as questões relativas à nacionalidade desses membros. Em outras palavras, um Estado não pode invocar o dever de tolerância de outro povo se não pratica a tolerância no interior de suas fronteiras, pois isso corresponderia a exigir que os Estados soberanos tolerassem a intolerância, o que é uma *contraditio in terminis*.

Sendo assim, um Estado muçulmano deve permitir que seus cidadãos se convertam ao cristianismo, e um Estado cristão deve permitir que seus cidadãos se convertam ao islamismo. O mesmo se aplica para questões relativas à orientação sexual, casamentos, etc.

Tal como se pode ver, o respeito ao princípio da tolerância é uma condição para a existência de uma sociedade verdadeiramente livre. Por outro lado, tolerância não é sinônimo de relativismo, mas também não se confunde com o que os filósofos contemporâneos normalmente associam ao conceito de vida boa.

Ao mesmo tempo em que o princípio da tolerância traz consigo uma determinada visão de mundo substancial, consistente na crença de que todos têm o direito de ter a visão de mundo que quiserem, ele não indica qual é a melhor visão de mundo que todos têm o direito de ter.

Sendo assim, se as mulheres de um povo se sentem felizes em se mutilar, ou se sentem felizes em colocar argolas no pescoço, assim como ocorre na Tailândia, não cabe aos países que não possuem esses costumes procurar criar mecanismos a fim de proibir tais traços de manifestação cultural.

Por outro lado, a comunidade internacional tem o dever de impedir que mulheres, sobretudo se forem crianças, sejam forçadas a realizar esse comportamento, pois a opressão e a imposição são manifestamente incompatíveis com o princípio da tolerância.

Analogamente, não se pode tolerar que as pessoas de um país sejam privadas da justa distribuição dos bens produzidos por causa da corrupção de seus governos, ou por qualquer outra circunstância incompatível com os princípios de justiça. O mesmo se aplica ao âmbito internacional, pois não se pode tolerar que as instituições internacionais sejam configuradas de modo a favorecer poucos em detrimento de muitos.

Corroborando essas assertivas está a Declaração de Princípios sobre a Tolerância (1995, art. 1º, 1.4), que de modo taxativo afirma: "ser tolerante não significa ser tolerante com a injustiça social".

O princípio da tolerância, portanto, pode ser vislumbrado como um dos principais princípios a promover uma nova ordem mundial fundada na unidade em meio à diversidade.

### 1.1 O princípio do proveito mútuo

Quando se fala acerca de princípios de conteúdo moral que posteriormente foram positivados como princípios jurídicos, como os de direitos humanos, deve-se ter em conta que esses princípios não são positivados consoante um único significado moral substancial, uma vez que procuram consubstanciar num todo coerente a pluralidade "cosmovisiológica" presente no âmbito interno ou internacional, conforme o caso.

Por outro lado, a condição de possibilidade dessa pluralidade "cosmovisiológica" procedimental é uma concepção substancial, ou seja, o respeito ao princípio da tolerância. O princípio da tolerância está implícito no próprio processo de positivação, que é caracterizado pela discussão entre povos de culturas diferentes, sendo que o objeto de discussão consiste na busca por princípios de justiça adequados a impedir que a humanidade seja novamente vitimada pelos flagelos da guerra.

Como expressão desse processo regido pela tolerância, surge o princípio do proveito mútuo, que se apresenta como uma síntese coerente da visão deontológica e da visão consequencialista, englobando as diretrizes fundamentais que orientaram a elaboração do pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais.

Ao mesmo tempo em que o pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais assegura que "todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais" (1992, art. 1º, 2) ele determina a cooperação econômica entre os Estados, e que o resultado desse processo de liberdade econômica

aliado à cooperação esteja vinculado ao proveito de todos os Estados participantes do processo.

O referido pacto também possui um núcleo moral rígido, uma vez que determina que "em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência." (Pacto, 1992, art. 1º, 2). É razoavelmente fácil compreender como o princípio do proveito mútuo está fundado na ideia de unidade na diversidade. Por meio da livre disponibilidade de recursos, cada Estado poderá desenvolver sua economia consoante suas particularidades e necessidades.

Já a cooperação econômica internacional pode ser vista como um processo de divisão de trabalho de caráter global que tem como meta otimizar a produção, para obter uma riqueza tão diversificada quanto sejam as necessidades dos diferentes membros da família humana.

Esse resultado de bem-estar mundial só poderá ser sustentável se implementado em benefício de todos, uma vez que, do contrário, ter-se-á uma situação de injustiça que inexoravelmente levará a um estado de guerra, consoante uma das premissas fundamentais deste trabalho, ou seja, a de que a guerra é consequência da injustiça ou da intolerância.

Para que a paz perpétua seja alcançada, é preciso que as instituições internacionais sejam justas e tolerantes, ou seja, que entre outros fatores não coloquem um Estado em posição superior a outro, não podendo existir portanto qualquer diferença entre os Estados, mas apenas complementaridade.

A melhor metáfora para compreender a teleologia do princípio da complementaridade é pensar no funcionamento do corpo humano. Cada parte do corpo difere de outra sem que isso possa ser apontado como um problema. Ao contrário, a diversidade de funções desempenhadas por diferentes órgãos é fundamental para o bem-estar do todo.

Analogamente, cada Estado precisa ser considerado importante, caso se queira realmente atingir o objetivo de se formar uma nova ordem mundial de caráter cosmopolita. Diferenças econômicas e culturais devem ser mantidas na medida em que contribuam para criar uma unidade em meio à diversidade, na qual o bem-estar de um corresponda ao mesmo tempo ao bem-estar do outro.

Atingida essa unidade na diversidade que se apresenta como condição para a realização da justiça, e consequentemente para a obtenção da paz, a seguinte frase de Habermas passa a fazer todo sentido: "Uma pessoa só pode ser livre se todas as demais o forem igualmente" (2004, p. 13). De forma análoga: um Estado só pode ser livre se todos os demais o forem igualmente.

Nesse sentido, cabe aos Estados optar pela construção de uma nova ordem mundial segundo o princípio do proveito mútuo.

### 1.2 O princípio da autodeterminação como corolário do dever de tolerância

O princípio da autodeterminação pode ser considerado a manifestação do princípio

da liberdade na esfera internacional, possuindo uma dimensão interna e outra externa. No que se refere à dimensão externa, todos os povos devem possuir liberdade para se desenvolverem conforme suas peculiares características econômicas, religiosas e culturais, desde que fundados no alicerce da justiça e respeitosos do direito dos outros Estados de possuírem a mesma liberdade. Trata-se portanto de um direito à liberdade que apenas surge quando satisfeito um dever de tolerância. O conteúdo daquilo que se considera justo, por sua vez, consubstancia princípios morais hoje positivados no âmbito internacional sob a forma jurídica.

Para que seja possível a autodeterminação no âmbito externo, contudo, é fundamental ainda o respeito ao princípio da tolerância no âmbito interno, o que constitui a segunda dimensão do princípio da autodeterminação. Para que um Estado possa exigir o respeito dos outros países por suas manifestações culturais que num âmbito liberal poderiam ser consideradas violações dos direitos humanos, por exemplo, ele deve respeitar a vontade divergente de seus cidadãos em relação às referidas práticas culturais, sociais, econômicas ou religiosas.

Um Estado que defende como parte de sua cultura a mutilação genital de mulheres, por exemplo, não poderia exigir que outros Estados respeitassem essa forma de manifestação cultural se as mulheres não são mutiladas por livre e espontânea vontade, mas obrigadas por meios físicos, ou mesmo mediante coação moral, social ou institucional.

Um aspecto interessante do princípio da autodeterminação, no que se refere à sua dimensão interna, é que a violação dessa dimensão por parte de um Estado pode dar origem a um dever a ser realizado por parte dos outros Estados. É que a imposição por parte de um Estado de uma cultura ou forma de pensamento a todos os seus cidadãos, sem que haja respeito às vontades divergentes, e consequentemente ao dever de tolerância, pode gerar conflitos e perseguições que não raro implicam a existência de refugiados.

Cabe aos Estados livres assegurar refúgio aos perseguidos, podendo-se citar os refugiados da Líbia como exemplo na contemporaneidade. Tal como se pode inferir, o princípio moral que sustenta o direito à autodeterminação consiste na premissa de que ninguém pode exigir a liberdade se não permite a liberdade de seu próximo.

### 1.3 O princípio da cooperação

O princípio da cooperação pode ser entendido como manifestação do princípio da solidariedade no âmbito internacional. É preciso distinguir, contudo, solidariedade de assistencialismo, ou mesmo do que Rawls (1999, p. 106ss) chama de dever de assistência. O conceito de solidariedade traz consigo a crença de que cada pessoa possui um valor único e inestimável, estando a plena felicidade de um indivíduo condicionada à plena felicidade de todos. Assim, os atos de solidariedade representam a crença de que ao ajudar o próximo o indivíduo ajuda a si mesmo.

A solidariedade, portanto, não representa uma relação superior-inferior, mas uma relação todo-parte, uma vez que os sujeitos passam a ser vistos como membros de um único corpo social que retira o significado de sua unidade da diversidade de seus membros. Esses membros por sua vez relacionam-se de modo complementar, sendo o termo complementaridade o que aparentemente melhor expressa o significado da igualdade no plano internacional.

Trata-se, portanto, de um princípio que no plano internacional tem a função de direcionar a política de cada Estado para o bem de todos, o que permitirá que o desenvolvimento seja alcançado em sua máxima extensão. A ideia chave aqui é ver o desenvolvimento como resultante do impulso de forças complementares representadas pela riqueza de cada país obtida mediante seu direito à autodeterminação.

Tal como visto, a autodeterminação não se refere apenas a alguns aspectos da vida de um país, como os aspectos econômicos tradicionais, abrangendo também o poder de produzir uma riqueza cultural de forma autônoma. Por conseguinte a atuação complementar dessas forças dará origem à produção de uma verdadeira riqueza mundial, marcada por traços de pluralidade e diversidade.

Trata-se de verdadeira riqueza, pois apenas esse tipo de riqueza apresenta idoneidade para satisfazer as necessidades de todos os membros de uma sociedade cosmopolita emergente de uma nova ordem mundial. Com efeito, necessidades diversas exigem diversidade de riqueza para sua satisfação.

## 2 A FUNÇÃO DO DIREITO COSMOPOLITA NO ESTABELECIMENTO DE UMA NOVA ORDEM MUNDIAL

Rawls não vislumbra que possa existir uma relação entre os Estados similar à relação entre os cidadãos no âmbito interno. Todavia, alguns de seus proeminentes discípulos, como Charles Beitz e Thomas Pogge, afirmaram que existe sim uma relação entre os Estados similar àquela existente entre cidadãos dentro de um Estado, destacando-se o entendimento de Thomas Pogge, que asseverou ser essa uma relação de dominação.

Para especificar essa relação, Pogge contestou a crença de Rawls de que a radical desigualdade existente entre os países ricos e pobres pode ser explicada por circunstâncias como cultura, clima, instituições sociais internas, corrupção interna, afirmando que isso são efeitos de causas históricas:

> Muito disso foi construído na era colonial, quando os países desenvolvidos de hoje governavam as regiões pobres de hoje, negociando as pessoas como gado, destruindo suas instituições políticas e cultura, tomando suas terras e recursos naturais e impondo seus produtos e costumes.[7]

Considera-se que esse argumento histórico de Pogge não pode ser entendido como sua maior contribuição para a criação de uma nova ordem mundial, de caráter cosmopolita, fundada na justiça. Com efeito, Pogge tem o mérito de ser um dos poucos filósofos políticos contemporâneos que percebeu que as vantagens que as nações hoje desenvolvidas obtiveram por meio da violência desde a época colonial foram mantidas por meio da construção de uma ordem internacional injusta: "Nós estamos preservando nossas grandes vantagens econômicas por meio da imposição de uma ordem institucional que é injusta (...). Há uma ordem institucional compartilhada que foi feita pelos países ricos e imposta aos países pobres.[8]

O importante filósofo adverte que poderia ser construída uma estrutura institucional alternativa na qual "a severa e extensiva pobreza não persistiria" (Pogge, s.d.), e destacou o fato de que muitas pessoas não levam em conta os fatores institucionais em suas análises da sociedade, o que se é um grave erro para um filósofo, é algo inadmissível para um economista, e "intolerável" para um jurista:

> Gratos com a desatenção de nossos economistas, muitos acreditam que a ordem institucional global existente não contribui para a persistência da severa pobreza, mas que os fatores nacionais são a questão-chave. (...) Contudo, uma vez que nós abandonamos esse nacionalismo explicativo, é fácil encontrar fatores globais relevantes para a persistência da pobreza.[9]

Como exemplo de má distribuição de direitos e deveres realizada pelas atuais instituições internacionais, Pogge menciona, *inter alia*, o fato de que nas negociações da Organização Mundial do Comércio (OMC) os países ricos insistem em manter um estado de protecionismo em benefício de seus produtos, ao mesmo tempo em que pregam o discurso do livre mercado para os países pobres, o que denota sua hipocrisia (Pogge, s.d.).

Esse autor afirmou ainda que ao mesmo tempo em que os países ricos impõem uma proteção excessiva aos direitos referentes à propriedade intelectual, recebendo bilhões por isso, eles não querem recompensar os pobres pelas externalidades que causam por meio de sua "vasta e desproporcional contribuição à poluição global" (Pogge, s.d.).

Pogge destacou que os países ricos importam recursos naturais dos países pobres independentemente de o governo desses últimos ser corrupto, ditatorial, genocida, etc., e que as nações ricas vendem armas para as governadas por ditadores, ajudando-as a manter seu poder com base na violência. Em síntese, os países ricos compram recursos de qualquer governo ditatorial, concedendo-lhes empréstimos, armas e tudo o mais de que precisem para manter seu controle ilegítimo sobre populações oprimidas (Pogge, s.d.).

Isso para não falar de alguns casos, tal como o ocorrido no Brasil, quando os Estados Unidos financiaram o golpe de Estado promovido pelos militares em 1964,

a fim de obter privilégios que durante muitos anos nos levaram à ruína. Ademais, deve-se mencionar que os Estados ricos normalmente não agem dessa forma em benefício direto de suas populações, ainda que estas sejam beneficiadas indiretamente, tal como denota Pogge, mas no interesse de grandes grupos econômicos, ou seja, no interesse do soberano "supraestatal privado difuso" (Capella, 1997, p.10ss).

Pode-se afirmar que as instituições internacionais não apenas foram constituídas de modo a favorecer os países ricos, mas que também mantêm um funcionamento a fim de preservar uma relação assimétrica entre os Estados, com prejuízo direto para a população dos países pobres. Do mesmo modo que no âmbito interno os cidadãos são dependentes uns dos outros, entre os Estados existe essa mesma relação, o que contemporaneamente se apresenta de forma clara.

Há, todavia, uma situação específica não abordada por Pogge, na qual essa relação de interdependência se apresenta de forma inequívoca, sendo esse contexto, no que se refere ao aspecto institucional, um dos mais importantes, talvez o fundamental, para se compreender como alguns países conseguiram construir sua riqueza a custa dos países pobres. Trata-se do sistema monetário internacional, cuja constituição e desenvolvimento confirmam os argumentos aludidos por Pogge, no sentido de que o desenho das instituições internacionais é responsável pelo subdesenvolvimento, bem como confirmam uma das premissas deste trabalho no sentido de que as relações entre os Estados nacionais são relações de interdependência assimétrica responsáveis por causar extrema miséria para a maior parte dos membros da família humana.

Cumpre verificar como se desenvolvem as relações de poder no âmbito internacional, relacionando-as com o processo de desenvolvimento do sistema monetário internacional.

### 2.1 O poder e o dinheiro no âmbito internacional: aspectos teóricos

Tradicionalmente, no âmbito das relações internacionais, o poder estatal sempre esteve associado à existência de recursos naturais e à força militar. Não obstante, nas sociedades contemporâneas complexas que se relacionam por meio do Direito e de outras instituições, como o dinheiro, o poder pode ser entendido também como uma propriedade relacional e estrutural que surge tanto das relações entre os Estados quanto da posição que um Estado ocupe no sistema internacional considerado como um todo.

Essa nova análise do poder, em seu aspecto relacional, é atribuída ao economista Albert Hirschman que, ao estudar as relações comerciais do Estado nazista com seus vizinhos, verificou que relações de dependência e dominação podem surgir naturalmente a partir de assimetrias no comércio internacional (Cohen, 2009, p. 23).

Posteriormente, Keohane e Nye enfatizaram que após a 2ª Guerra Mundial as nações se tornaram cada vez mais dependentes umas das outras, embora tal relação

de dependência raramente fosse simétrica (Cohen, 2009, p. 23). Caso a interação entre os Estados acontecesse de forma assimétrica, tal assimetria seria responsável por colocar um país sob o domínio do outro:

> Mais precisamente o poder emerge das relações assimétricas de interdependência entre sujeitos estatais em diferentes áreas temáticas, mediante a criação de oportunidades para que os atores menos dependentes manipulem em proveito próprio os vínculos existentes (Álvares, 2009, p. 53).

Por outro lado, autores como Kenneth Waltz começaram a destacar em seus trabalhos a existência de uma distinção entre os aspectos relacionais e estruturais, sendo estes partes importantes para a distribuição de poder entre os agentes no âmbito internacional (Keohane, 1986, p. 71ss).

Um sistema, como o sistema monetário internacional, por exemplo, pode ser concebido como composto de uma estrutura e de partes interagindo. Contudo, embora a estrutura e as partes sejam conceitos relacionados, eles não são idênticos aos integrantes reais do sistema, pois, tal como afirmado por Waltz, a estrutura não é algo que possamos ver (Keohane, 1986, p. 72).

É fácil entender isso, porque os Estados que integram o sistema monetário nacional e as regras que definem a posição desses Estados no sistema não podem ser vistos como as pessoas e as riquezas naturais que compõem o Estado. Não obstante, tal como será visto, esses aspectos institucionais invisíveis podem influenciar sobremaneira a realidade natural, sobrepondo-se a esta muitas vezes.

O sistema monetário, por exemplo, é um setor da economia no qual a existência de uma assimetria institucional passa a ser responsável por definir a maior parte da situação de riqueza ou pobreza das nações. Tal como explica Cohen, nas sociedades contemporâneas "as economias nacionais estão conectadas por meio do balanço de pagamentos", ou seja, "o superávit de um país corresponde ao déficit de outro e vice versa [sic], sendo que o risco de um desequilíbrio insustentável representa uma persistente ameaça à independência política".[10]

A partir desse novo contexto, buscou-se um novo modelo teórico de análise que fosse adequado a descrever as interações e relações de interdependência monetária entre as nações soberanas. Nesse modelo – buscado na moderna sociologia e chamado de análise de rede social *social network analysis* –, uma nação soberana pode ser compreendida como sendo um nó (*node*) conectado a outra nação, ou seja, a outro nó, que, por sua vez, conecta-se a outro, dando origem a uma vasta e complexa rede monetária formada por nações que se conectam por meio do balanço de pagamentos.

Essas relações adquirem um caráter de interdependência porque problemas num dos nós podem gerar problemas em outro, devendo-se observar que tal suposição do

modelo apresenta forte comprovação empírica, pois uma crise financeira de um país é facilmente transmitida aos seus vizinhos, podendo se tornar uma crise internacional, da rede como um todo.

Se essas relações de interdependência acontecem de forma simétrica, ter-se-á uma situação de cooperação entre as nações, implicando a existência de um sistema financeiro internacional estável. Caso tais relações de interdependência aconteçam de modo assimétrico, ter-se-á uma situação de desigualdade entre as nações, com a submissão de um nó ao domínio de outro.

Uma vez constituída a rede, tal assimetria não dependerá dos atributos individuais do nó, tal como os reais fundamentos de sua economia, mas da posição que esse nó assuma na rede. Daí se falar que o poder numa rede não se vincula a questões naturais, portanto não se configura uma propriedade relacional, mas, sobretudo, estrutural.

As relações entre os nós, por sua vez, são constituídas por meio de regras institucionais que estabelecerão padrões de conexão das quais emanará o poder relacional, responsável pelo desenvolvimento da rede. Esse desenvolvimento poderá se dar conforme as relações de interdependência simétrica ou assimétrica.

É possível, contudo, que após a constituição de uma rede as relações de interdependência assimétrica fiquem arraigadas no corpo social a ponto de fazer com que, mesmo após o abandono das regras de conexão por um dos nós, os outros continuem a se conectar da mesma forma em relação a ele, tendo em vista o fato de que o poder outrora sustentado por normas jurídicas ter se transformado num poder econômico autossuficiente, uma vez que os nós já absorveram aquelas relações como naturais ao sistema, embora isso não seja verdade.

O que importa é que a ilusão da suposta naturalidade dos padrões de conexão já é suficiente para que o nó desertor consiga exercer seu domínio sobre os outros nós, adquirindo cada vez mais poder e riqueza, sem precisar se submeter a qualquer restrição de ordem institucional, como uma regra semelhante à criada em Bretton Woods, que obrigava os Estados Unidos a converter os dólares que lhe fossem apresentados pelos outros Estados em ouro.

Ocorre que todo processo de exploração não pode durar indefinidamente, ainda que o tempo durante o qual se desenvolva possa ser suficiente para enriquecer o país desertor jogando o restante do mundo na mais completa pobreza derivada de uma interdependência assimétrica.

Essa foi, em síntese, a exposição dos aspectos teóricos do modelo. Cabe saber agora como um país poderia ocupar uma posição de dominação frente outros países, ou seja, como é possível estabelecer relações de interdependência assimétrica em benefício próprio. Ou ainda como isso poderia ser feito por meio do sistema monetário internacional.

Deve-se responder a essas questões objetivamente. Um país pode estabelecer relações de interdependência assimétrica em seu próprio benefício por meio da

internacionalização de sua moeda. No entanto, tal como afirmado, essa situação de dominação não pode se perpetuar indefinidamente, embora o tempo nesse caso prejudique mais os povos dominados.

Cabe saber também como seria possível fazer com que o sistema monetário internacional se desenvolvesse segundo relações de interdependência simétricas caracterizadoras de um real estado de cooperação internacional. Igualmente, aqui também cabe a objetividade: por meio da implantação de uma moeda única mundial, e não por meio da internacionalização de alguma moeda nacional.

Em outros termos, enquanto a internacionalização significaria conflito entre vários países – cada um querendo ocupar uma posição de dominação –, ao escolherem implantar uma moeda única mundial, eles estariam optando pela cooperação e estabilidade, transformando o dinheiro – que representa uma das principais causas da injustiça no mundo –, num meio da criação de justiça e prosperidade.

Da mesma forma que o cosmopolitismo torna o homem senhor do Estado, a moeda mundial tornaria o homem senhor do dinheiro. Todavia, essas são apenas respostas, sendo necessário justificá-las.

### 2.2 A moeda mundial como instrumento de paz, justiça e liberdade

Apenas num estágio muito rudimentar das civilizações o dinheiro foi um fato natural e num período imediatamente posterior passou a ter sua existência vinculada a normas de cunho social estrito. Tal como explicado por Carl Menger (1981, p. 262-263), o dinheiro surge como um produto do mercado, ou seja, na medida em que um determinado objeto passa a ser desejado por um grande número de pessoas num determinado contexto social esse objeto pode ser facilmente trocado por outros ou, em seus termos, passa a adquirir "vendabilidade".

A explicação para o gado ter sido dinheiro na antiguidade estaria associada ao fato de esse animal ser amplamente valioso naquele contexto. A "vendabilidade" apontada por Menger, que, *mutatis mutandis*, equivale ao que modernamente se denomina liquidez, é um valor distinto do valor de uso do objeto.

Nesse contexto de escambo, em que pese o fato de o gado ter um valor intrínseco de uso, a possibilidade de trocá-lo por outros objetos também necessários para a satisfação das necessidades humanas atribui a ele um valor autônomo, o valor de troca, conhecido apenas de um modo intuitivo, porém não científico, pelas civilizações rudimentares.

Essa falta de cientificidade conduziu as civilizações ao cometimento de diversos erros, sendo um dos principais o de confundir um objeto que passou a ser dinheiro pela possibilidade de ser utilizado para adquirir uma ampla diversidade de bens, ou seja, para adquirir riqueza com a riqueza que tinha a função de adquirir.

O exemplo mais lastimável dessa situação de ignorância a que estavam imersas as civilizações foi o metalismo. Coube a Adam Smith (1983, p. 262) desfazer o equívoco

e demonstrar que a riqueza das nações não era o ouro, mas a produção. Coube ao mesmo filósofo moral demonstrar que, num sistema de papel-moeda parcialmente lastreado em ouro, uma emissão de dinheiro superior às necessidades da economia poderia causar uma quebra generalizada dos bancos, uma vez que, ao perceberem que a quantidade de papel-moeda emitida seria superior à quantidade de riqueza que essa moeda poderia fazer circular num determinado país, as pessoas correriam aos bancos para trocar o papel por ouro, a fim de utilizar este para importar produtos de outras nações.

A quebra desse sistema financeiro seria decorrência do fato de que o funcionamento dos bancos depende da crença de que as pessoas não sacarão o seu dinheiro ao mesmo tempo, pois se o fizerem, com toda certeza, os bancos não terão como atender a demanda, haja vista que trabalham segundo o sistema de reservas fracionárias.[11]

Muitos talvez não saibam quais são as vantagens de se utilizar um sistema de papel-moeda. A explicação oferecida por Smith é que esse sistema permite ao empreendedor que utilize uma riqueza que de outra forma deveria permanecer guardada para atender situações inesperadas. Ou seja, em vez de utilizar certa quantidade de ouro para contratar empregados e aumentar a produção, o empreendedor tinha que mantê-la parada por causa das incertezas do processo produtivo.

Para Smith (1983, p. 277) o papel-moeda emprestado pelos bancos permitia que a riqueza parada se tornasse uma riqueza produtiva, desde que só se emprestasse aos empreendedores a quantidade de papel-moeda equivalente à quantidade de riqueza que de outro modo eles deveriam manter como riqueza improdutiva.

O papel-moeda ao qual Smith se referia significava dinheiro parcialmente lastreado em ouro, e não dinheiro sem lastro, tal como é nos dias de hoje. Esse lastro, no entanto, era parcial e, de acordo com Smith, deveria servir como uma espécie de "freio" (ele não utiliza esse termo) na vontade dos banqueiros de emprestar dinheiro. Segundo o filósofo e economista escocês, se os bancos procurassem realmente os seus próprios interesses jamais iriam emprestar um valor superior, para os empreendedores, àquele que sem a existência do papel-moeda deveria permanecer guardado como riqueza improdutiva.

Caso o contrário fosse feito, esse dinheiro excedente voltaria rapidamente para os bancos, que por trabalharem num sistema de reservas fracionárias não teriam como atender a essa demanda inesperada, não teriam como converter o dinheiro apresentado em ouro. O resultado seria uma corrida bancária que produziria o colapso do sistema.

No que se refere às consequências de uma emissão de papel-moeda excessiva para causar um déficit no balanço de pagamentos. É fácil perceber que o dinheiro em excesso provocaria uma elevação dos preços internos e da renda nominal, o que, como se sabe, provocaria um aumento das importações, pois uma parte da renda é destinada ao consumo interno, outra, à poupança e outra, à importação.

Quando os exportadores fossem trocar a moeda estrangeira por ouro – o que gradativamente passou a ser uma atribuição dos bancos centrais –, o país do importador não teria ouro suficiente, pois permitiu uma emissão de papel-moeda acima das necessidades da economia, embora os defensores radicais de um sistema totalmente lastreado afirmem que bastaria uma emissão parcialmente lastreada para esse processo ser desencadeado. Ademais, o aumento dos preços internos por certo também contribuiria para a redução das exportações e aumento do déficit (Rothbard, s.d.).

O resultado, em última instância, seria ou a deflagração de um processo inverso, ou seja, de deflação por parte do Estado inflacionário, o que não seria bem visto pelo povo e pelos políticos de um modo geral por implicar corte de gastos, ou o abandono da conversão da moeda em ouro, retirando o freio que impede o crescimento desmedido de um processo inflacionário.

Tal lógica foi sendo confirmada no decorrer da história. A 1ª Guerra, iniciada em 1914, pôs fim ao padrão-ouro internacional, pois as despesas de guerra obrigaram os países a emitir moeda para financiá-las, o que causou um grande processo inflacionário e colocou o sistema financeiro internacional num grande caos. Durante esse período o câmbio era flutuante e os países estavam imersos numa guerra cambial marcada por uma constante desvalorização de suas moedas para conseguir preços competitivos no mercado internacional.

Diante desse cenário caótico, os países decidiram retornar ao padrão-ouro. A Grã-Bretanha, todavia, para manter seu prestígio internacional sobrevalorizou a libra em relação ao ouro, o que lhe trouxe graves problemas econômicos durante a década de 1920, uma vez que isso deprimiu suas exportações (Rothbard, s.d.).

Para impedir que circunstâncias econômicas retirassem seu poder político, a Grã-Bretanha decidiu utilizá-lo a fim de promover uma reformulação do sistema monetário internacional em seu benefício (Rothbard, s.d.). Essa reformulação foi realizada na Conferência de Gênova em 1922.

Nessa Conferência foi estabelecido o chamado padrão ouro-câmbio. De acordo com esse padrão, os Estados Unidos, que durante a 1ª Guerra não haviam abandonado o padrão-ouro clássico, permaneceriam nesse sistema. Por outro ladro, as libras só seriam convertidas em ouro em grandes barras, limitando essa conversão às transações internacionais (Rothbard, s.d.).

Relembrando os ensinamentos de Smith, o primeiro obstáculo imposto pelo padrão-ouro àquelas tendências inflacionárias havia sido retirado, pois em caso de uma emissão de moeda em excesso, mesmo que os cidadãos britânicos comuns quisessem trocar esse excedente por ouro com o fim de importar, não poderiam, sendo, portanto, obrigados a permanecer com uma quantidade de dinheiro desprovida de valor real.

Segundo os ensinamentos de Smith, isso deveria resultar na quebra dos bancos e aumento dos preços internos. O outro obstáculo seria externo, qual seja, encontrar

uma forma de impedir que os exportadores estrangeiros trocassem as libras recebidas de suas transações comerciais com os britânicos por ouro, uma vez que os altos preços internos ocasionados por emissões inflacionárias resultariam num déficit no balanço de pagamentos e na consequente diminuição das reservas auríferas da Grã-Bretanha.

Esse problema também foi resolvido na Conferência de Gênova, uma vez que, em vez de trocarem as libras por ouro, os outros países deveriam manter grande parte de suas reservas em libras. Além disso, o governo inglês poderia não apenas converter as libras em ouro, mas também em dólares, que permaneceriam vinculados ao ouro. Esse novo contexto transformava o sistema monetário numa pirâmide: na base estavam as diversas moedas atreladas a uma das moedas-chave dessa pirâmide, a libra. Por sua vez, a libra estaria atrelada ao dólar que permanecia atrelado ao ouro, funcionando como a outra moeda-chave do sistema (Rothbard, s.d.).

Caso os países cujas moedas formavam a base da pirâmide decidissem inflacionar em relação à libra, eles teriam de ajustar o consequente déficit no balanço de pagamentos causado pelo processo inflacionário, uma vez que sem libras não poderiam atuar no mercado internacional. Para ajustar o déficit teriam basicamente que aumentar as exportações e cortar gastos.

O mesmo não acontecia com a Grã-Bretanha que poderia ajustar o seu déficit por emissão monetária, ou seja, tinha o privilégio de pagar suas dívidas internacionais com a própria moeda, o que lhe traria imensos benefícios econômicos devidos principalmente aos ganhos de senhoriagem.[12] Além disso, a Grã-Bretanha possuía condições vantajosas de negociação com os credores, pois num sistema em que ter libras era fundamental para adquirir estabilidade econômica todos estariam dispostos a conceder crédito aos ingleses.[13]

Esses privilégios, contudo, não poderiam ser sustentados indefinidamente, o que não impediria, contudo, que a desigualdade econômica existente durante esse período provocasse a falência dos países que formavam a base da pirâmide monetária e acentuasse a supremacia política e econômica dos países que estivessem no topo.

Igualmente, a eventual quebra do sistema não afetaria unicamente a nação que abusou de seus privilégios, mas todas, sobretudo, num sistema econômico em que, tal como apontado por Benjamin Cohen (2009, p. 20), "as economias nacionais estão inescapavelmente conectadas através do balanço de pagamentos".

No caso do sistema ouro-câmbio, estabelecido pela Conferência de Gênova, quanto mais os países acumulavam libras que crescentemente perdiam seu valor, mas se desconfiava da capacidade da Inglaterra de honrar seu compromisso de trocar libras por ouro, temendo-se o resultado da constante desvalorização da libra para as reservas internacionais. Assim, quando a França decidiu trocar suas libras por ouro, a Inglaterra foi forçada a abandonar esse sistema (Rothbard, s.d.). Portanto, embora durante algum tempo os ingleses tivessem conseguido postergar o acerto das contas, tirando benefício disso, o dia fatal havia chegado.

O resultado da quebra do sistema foi uma desestabilização do sistema financeiro internacional, que voltou a funcionar segundo um regime de câmbio flutuante com uma intensa guerra cambial entre os países, promovida por meio de desvalorizações artificiais que, segundo Cordell Hull, Secretário de Estado norte-americano, teria sido a principal causa da 2ª Guerra Mundial (Rothbard, s.d.).

O caos mais uma vez estava instaurado e, mais uma vez, os Estados, após um grande período de turbulências, tiveram a oportunidade de estabelecer um sistema monetário equitativo entre as nações soberanas na Conferência de Bretton Woods. Duas foram as propostas apresentadas: uma americana e outra inglesa. A proposta americana pretendia instaurar um sistema similar ao estabelecido na Conferência de Gênova, com a diferença de que o dólar seria a única moeda-chave vinculada ao ouro. As outras moedas estariam vinculadas ao dólar, cabendo ao Fundo Monetário Internacional (FMI) zelar para que as taxas de câmbio entre as moedas-base permanecessem estáveis em relação à moeda americana, que, por sua vez, deveria permanecer estável em relação ao ouro.

As taxas de câmbio, por certo, poderiam ser ajustadas sempre que fosse demonstrada a existência de transformações no lado real da economia, evitando-se, portanto, desvalorizações artificiais. Por outro lado, o FMI poderia ajudar países deficitários que tivessem problemas contingenciais, de modo a preservar o sistema estabelecido (Carvalho, s.d.).

Tal proposta idealizava o funcionamento de um sistema monetário internacional com dois problemas essenciais.

### 2.3 A moeda mundial e o fim do privilégio exorbitante

O primeiro problema era que nesse sistema os Estados Unidos teriam o que Valéry Giscard d`Estaing chamou em 1960, de "um privilégio exorbitante consistente na faculdade de financiar suas transações correntes com o restante do mundo mediante emissão monetária própria e de financiar suas necessidades orçamentárias em condições vantajosas, em virtude da demanda por ativos denominados em sua moeda" (*apud* Alvares, 2009, p. 50).

A possibilidade de financiar suas transações correntes mediante emissão monetária própria significaria que, assim como ocorreu com a Grã-Bretanha durante o padrão ouro-câmbio, os Estados Unidos seriam o único país do mundo com a possibilidade de pagar suas dívidas internacionais utilizando a própria moeda. Isso proporcionaria os mesmos benefícios de senhoriagem desfrutados outrora pela Grã-Bretanha, que servem como grande incentivo para manter um déficit no balanço de pagamentos, política essa mantida até os dias de hoje pelos Estados Unidos.

Em termos simples, como o custo para fabricar um dólar é muito inferior do que um dólar vale, os Estados Unidos adquirem bens de outros países a um custo real extremamente baixo e muito menor do que o pago no mercado internacional. Com

efeito, para o Brasil pagar uma dívida no valor de US$ 500 milhões ele precisará produzir bens que possam ser vendidos no mercado internacional por US$ 500 milhões, enquanto para os Estados Unidos pagarem uma dívida no mesmo valor bastará fabricar esse dinheiro, o que evidentemente terá um custo muito menor do que aquele arcado pelo Brasil.

Muitos, por certo, poderiam argumentar que, se os Estados Unidos abusassem desse privilégio, o dólar iria se desvalorizar em relação ao ouro, o que, por sua vez, poderia implicar perda de reservas que os obrigaria a adotar uma política econômica mais restritiva. Essa seria apenas uma das possibilidades. Com efeito, os Estados Unidos poderiam tanto exercer o seu poder político para que os outros países não trocassem suas reservas em dólar por ouro, tal como foi feito pela Grã-Bretanha, como poderiam seguir o exemplo desta num outro sentido, ou seja, abandonando seu laço com o ouro, a fim de continuar implementando uma política de gastos financiada por emissão monetária. A última opção foi a escolhida, e em 1971 o Presidente Nixon anunciou que estaria quebrando o acordo feito em Bretton Woods.

Seria ingenuidade, no entanto, pensar como Rothbard e atribuir o abandono dos Estados Unidos ao acordo simplesmente porque não teria mais capacidade de honrar seu compromisso de converter dólares em ouro. Ora, se os Estados Unidos tiveram poder político para descumprir um acordo tão importante para o sistema monetário internacional, como o acordo de Bretton Woods, sem sofrer qualquer represália internacional, foi porque tinham poder suficiente para impor "goela a baixo" seus dólares contra qualquer pretensão estrangeira de convertê-los em ouro.

A questão, por certo, é mais complexa, e se refere ao fato de os Estados Unidos terem adquirido uma posição de centralidade na rede monetária (Cohen, 2009, p. 25) que, embora tivesse sido fruto da constituição injusta do sistema monetário definido em Bretton Woods, era tida como um fato natural em 1971. Ou seja, havia acontecido o que foi dito na seção anterior quando foi exposto o modelo teórico das relações de poder no âmbito internacional.[14]

A análise de Rothbard desconsidera que o abandono dos Estados Unidos ao acordo não causaria nenhum ônus àquele país, pelo menos no curto prazo, mas apenas lhe atribuiria benefícios que lhe permitiriam se firmar como potência mundial (Carchedi, 1991, p. 278-279).

Em síntese, pode-se afirmar que a primeira vantagem que um país obtém ao internacionalizar sua moeda é poder importar produtos a um valor mais baixo do que os outros. Ele pode, por exemplo, comprar empresas em outros países, recursos naturais, e todo tipo de riqueza real imaginável, simplesmente ao custo de emissão de sua moeda. Esse benefício de senhoriagem somado ao fato de ter sua moeda como moeda de reserva internacional faz com que o dinheiro pago pelas riquezas dos outros países retorne ao país emissor sob a forma de investimento em títulos públicos do tesouro. Isso porque o dólar recebido por uma empresa chinesa que exporta

algo para os Estados Unidos, por exemplo, é trocado por yuans com o Banco Central da China, que, por sua vez, investirá esses dólares principalmente em títulos do tesouro dos Estados Unidos. Isso ocorre com os outros países provocando uma diminuição dos juros nos Estados Unidos. Sim, porque, como se sabe, um aumento da procura por títulos aumenta o preço destes, significando uma diminuição da taxa de juros, dado que o preço dos títulos varia de modo inversamente proporcional à taxa de juros.

Essa queda dos juros tem reflexos tanto no âmbito interno quanto no externo. Na economia interna, em tese, com os juros baixos é possível aumentar o investimento e o consumo até o ponto de se atingir o pleno emprego. No âmbito externo, é possível ganhar com a arbitragem da taxa de juros. Se os Estados Unidos vendem um título para o Brasil devendo honrá-lo daqui um ano, por exemplo, nesse intervalo de tempo eles poderiam emprestar esse dinheiro numa taxa de juros suficiente para pagar o Brasil e ainda ter lucro.

Ocorre, contudo, que esse raciocínio é insuficiente para explicar o funcionamento do sistema atual, porque desconsidera a atuação do soberano privado. Com efeito, é insignificante a atuação direta dos Estados Unidos na economia por meio de bancos públicos ou empresas estatais. Na prática, esse país depende da arrecadação tributária e precisa que os agentes privados constituam empresas no seu território para que sua população tenha emprego. Todavia, os agentes privados ao ter acesso a uma taxa de juros baixa no mercado financeiro norte-americano não irão comprar empresas nos Estados Unidos, por causa dos altos salários, dos encargos trabalhistas e dos impostos sobre a renda. Eles irão constituir a matriz de suas empresas num paraíso fiscal para não pagar impostos (Parada Filho, 2009), e suas fábricas, principalmente nos países asiáticos, para desfrutar dos benefícios de mão de obra escrava, existente em algumas regiões de forma clandestina. Igualmente, comprarão títulos em países como o Brasil, no qual os juros são altíssimos.

Devido à abertura econômica da China, que aceitou submeter sua população à exploração capitalista, e devido à necessidade de países como o Brasil de aumentar os juros para obter reservas de dólares, os benefícios de senhoriagem e a flexibilidade macroeconômica que outrora atribuíam aos Estados Unidos o *status* de superpotência mundial foram sendo gradativamente transferidos para o soberano privado, que hoje assume posição predominante ao lado dos Estados nacionais, determinando, inclusive, as políticas destes.

Como o lucro dos investimentos do soberano privado vai parar num paraíso fiscal, em vez de render tributos para os Estados Unidos, sua única alternativa para sanar seus déficits impagáveis é por meio de emissão de moeda, que enriquece mais o soberano privado, empobrece os países que possuem reservas em dólar, e permite a criação de "bolhas financeiras" que não tardam em se transformar em crises financeiras internacionais que, por sua vez, prejudicam todo mundo.

É claro que muitas outras questões poderiam ainda ser analisadas, como um estudo mais detalhado das vantagens econômicas e políticas oriundas da internacionalização de uma moeda nacional, o que, todavia, transcenderia os limites deste trabalho.

Com efeito, o objetivo deste trabalho consiste apenas em mostrar que a internacionalização de uma moeda coloca o país emissor desta numa posição de centralidade e superioridade no sistema monetário internacional, a qual é incompatível com o ideal de cooperação que pressupõe um sistema monetário fundado em relações de interdependência de natureza simétrica.

Pode-se afirmar que numa sociedade cosmopolita não denem existir privilégios, pois o inevitável abuso destes trará como consequência a crise e a pobreza, inclusive para aqueles que abusam de seu poder exorbitante, ainda que esses poucos homens, os quais não se eximem de cultuar a escravidão, não sejam tão vítimas da miséria financeira quanto a maioria dos membros da família humana. Inobstante, são vítimas da pior forma de miséria que existe: a miséria moral.

O abuso do privilégio de financiar déficits orçamentários por meio de emissão da própria moeda trará, mais cedo ou mais tarde, inevitáveis problemas não apenas para o país que abusa desse poder, mas para a própria estabilidade do sistema monetário internacional.

Urge reformular o sistema, implantando uma moeda mundial de reserva, em oposição à adoção de qualquer moeda internacional ou mesmo de alguma cesta de moedas, pois uma cesta de moedas internacionais apenas ampliaria o leque de países desfrutando de um privilégio exorbitante.

### 2.4 A moeda mundial como meio de cooperação

É pertinente começar esta seção perguntando qual será nossa opção. Justiça ou conflito? A internacionalização de uma moeda ou cesta de moedas gera privilégios exorbitantes que causam o enriquecimento de uma pequena parcela da população à custa da miséria de muitos. Esses muitos são trabalhadores submetidos ao trabalho escravo, pequenos e médios empresários, vítimas de juros altos e de concorrência desleal, e todos aqueles que não têm acesso ao mercado financeiro do país que emite uma moeda internacional; não podem constituir empresas em países que não respeitam os mínimos direitos fundamentais do homem; não podem sonegar tributos com o uso de paraísos fiscais, ou realizar arbitragem com os juros internacionais.

Por outro lado, certo é que a China e o Brasil, por exemplo, não são os únicos culpados pelas condições dos trabalhadores ou pelas altas taxas de juros cobradas. Tais políticas são na verdade consequência de um sistema organizado de forma imperfeita, cujas deficiências são utilizadas hoje, sobretudo, pelo soberano privado, dado que mesmo os Estados Unidos já não se encontram numa posição muito favorável no cenário internacional.

O resultado é que enquanto os Estados nacionais atualmente estão em conflito, havendo receio de que exista uma guerra cambial que pode inclusive resultar numa guerra militar, o soberano privado continua a enriquecer-se independentemente das políticas econômicas adotadas pelos Estados.

Enquanto houver disparidades no sistema monetário internacional ,sempre haverá possibilidade de realizar arbitragem. Enquanto existirem paraísos fiscais, grandes diferenças entre os Estados no que se refere à concessão de direitos trabalhistas e, principalmente, enquanto alguns países dispuserem de uma moeda internacional, sendo, por conseguinte, beneficiados por uma taxa artificialmente baixa de juros e por condições privilegiadas para financiar seus déficits no balanço de pagamentos, sempre haverá exploração, que, em última instância, representa a injustiça causadora de conflitos.

É necessário reconstruir a ordem econômica internacional para alcançar a estabilidade, e isso deve começar por meio da reconstrução do sistema monetário internacional, que é o ponto nevrálgico da sociedade capitalista.

Urge, portanto, transformar o sistema monetário internacional conflitante, que caracteriza a sociedade capitalista, num sistema monetário cooperativista, caracterizador de uma sociedade cosmopolita. Para isso, impende-se reformular as instituições internacionais, criando-se um banco central mundial que administre as reservas dos países de modo a acabar com o ajuste assimétrico do balanço de pagamentos, promovendo um sistema monetário internacional baseado em relações de interdependência simétrica.

### 2.5 A função do Direito Cosmopolita na constituição de uma nova ordem mundial regida pelo princípio da interdependência

Ao contrário do que muitos possam pensar, a criação de um sistema monetário internacional desenvolvido segundo relações de interdependência simétricas, fundado numa moeda mundial administrada por um banco central mundial, não é uma proposta inovadora, tal como recentemente lembrou a presidenta do Brasil, Dilma Rousseff.

Com efeito, essa foi a proposta inglesa feita por John Maynard Keynes no acordo de Bretton Woods, a qual foi rejeitada por contrariar os interesses dos Estados Unidos, que na época estavam em posição de supremacia econômica. Infelizmente, a subordinação foi escolhida à cooperação, sem que o homem percebesse as consequências negativas disso para a humanidade.

Mesmo atualmente muitos ainda possuem uma mentalidade capitalista ultrapassada, voltada a subordinar os mais fracos. Isso está por detrás, por exemplo, da proposta do especulador Jorge Soros de substituir o dólar por uma cesta de moedas. Isso seria uma medida paliativa, inadequada a prover um sistema monetário internacional estável.

O segundo problema essencial da proposta americana, que também não seria alterado por meio da adoção de uma cesta de moedas de reserva, é que a referida

proposta não solucionaria o problema do ajuste assimétrico que joga todo o ônus do ajuste do balanço de pagamentos para os países deficitários, sem impor obrigação alguma aos superavitários (Carvalho, s.d.). Se a renda de um país cresce, cresce também aquela parte da renda destinada às importações, podendo provocar um déficit comercial no país que se encontra num processo de crescimento.

Num sistema econômico internacional voltado para a prosperidade, algumas coisas não podem ser aceitas como opções para solucionar o déficit causado pelo crescimento das importações. A primeira delas é a alta dos juros, pois, salvo em casos em que a economia esteja sendo forçada num ponto acima do pleno emprego, a alta dos juros limita o crescimento econômico de forma injustificada.

A segunda consiste na desvalorização da moeda para aumento das exportações, uma vez que isso prejudica os países vizinhos e pode causar uma guerra cambial que, tal como se falou alhures, foi um dos fatores considerados como causa da 2ª Guerra Mundial. O aumento de tributos impede a atualização do potencial econômico de um país, causando desemprego e pobreza.

Posto isso, qual seria a solução adequada à promoção da prosperidade internacional?

De plano, deve-se rejeitar a ideia da ortodoxia liberal de retornar ao padrão-ouro. Isso porque a expansão da capacidade produtiva não pode ser restringida por um elemento exógeno sem relação com a atividade econômica e passível de ser manipulado pelos agentes privados. Não é a atividade econômica que deve se adequar aos meios de pagamento existentes, mas o volume dos meios de pagamento é que deve ser adequado ao desenvolvimento econômico.

Dever-se-ia, portanto, criar um meio de pagamento que não se confundisse com a moeda nacional de qualquer país, para evitar a existência de privilégios exorbitantes que causem uma diferença de oportunidades entre as nações e ocasionem injustiça por meio da desigualdade. Além disso, a disponibilidade desse meio de pagamento deveria adequar-se ao comércio internacional e não restringi-lo de modo injustificado, tal como acontece num sistema baseado no padrão-ouro. Ao contrário de impedir que nações em crescimento se desenvolvam, um sistema voltado à prosperidade internacional deveria permitir que todos pudessem crescer num sistema de cooperação, tal como consta na declaração sobre o direito ao desenvolvimento.

Todos esses fundamentos estavam presentes na proposta inglesa elaborada por Keynes. Para satisfazer o pressuposto de se ter um meio de pagamento com liquidez adequada ao desenvolvimento do comércio internacional, Keynes propôs a criação de uma câmara de compensações internacionais (International Clearing Union, ICU), que centralizaria todos os pagamentos referentes a exportações e importações de bens, serviços e ativos (Carvalho, s.d.). Os bancos centrais nacionais teriam reservas nessa câmara de compensação centralizando o mercado de câmbio. De modo similar ao que acontece atualmente com o Convênio de Créditos Recíprocos, uma operação de exportação envolveria o recebimento das receitas de exportação por um

banco no país do importador, este repassaria o valor para o banco central de seu país, o qual, por sua vez, transferiria os recursos para a conta reserva pertencente ao banco central do país do exportador, finalizando-se a operação com o recebimento do valor da exportação pelo exportador.

Uma diferença importante entre a ICU proposta por Keynes e o CCR ou qualquer outra câmara de compensação é que a moeda de reserva não seria uma moeda nacional internacionalizada, como o dólar, mas uma moeda escritural não pertencente a qualquer nação soberana, mas a todas as nações, sendo, portanto, uma moeda mundial (Carvalho. s.d.).

Essa moeda chamada por Keynes de "bancor" seria apenas transacionada no âmbito da ICU, que, como autoridade monetária, poderia emiti-la dependendo das necessidades do comércio internacional. Em outras palavras, o sistema monetário seria um instrumento em prol da economia real, e não uma fonte de especulação que a destrói. Tendo em vista que o bancor não pertenceria a nenhum Estado soberano, nenhuma nação gozaria dos privilégios exorbitantes de senhoriagem no âmbito internacional nem de condições desiguais de financiamento ocasionadas pela criação de uma demanda artificial por seus ativos. Essa flexibilidade macroeconômica que Benjamin Cohen (2009, p. 29) considera um importante elemento de autonomia e poder para o país que emite uma moeda internacional não mais existiria, ou pelo menos não seria gerada por condições artificiais sem nexo com os fundamentos econômicos.

Mais importante ainda é que a proposta de Keynes permitiria que todos os países crescessem num sistema de cooperação e de proveito mútuo. Para realizar esse intento, Keynes propôs que, em vez da imposição de restrições injustificadas aos países em crescimento, dever-se-ia corrigir os déficits desses países com o superávit dos países que estivessem mantendo sua economia abaixo do pleno emprego, para fazer com que os superavitários também pudessem crescer.

Tal como foi afirmado, os Estados Unidos abusaram dos exorbitantes privilégios que lhes foram concedidos em Bretton Woods, e ampliaram sua exorbitância de forma unilateral em 1971, quando quebraram a palavra empenhada. De superavitários passaram a conviver com grandes déficits, enquanto países como a China acumulam superávits. O FMI, que outrora pressionava apenas os países deficitários, agora se rende à proposta de Keynes no sentido de pressionar os superavitários a importar (IMF, 2010).

Por que só agora o FMI mudou? Seria melhor que tivesse mudado antes, embora, se diga no cotidiano: "Antes tarde do que nunca"?

A proposta keynesiana assume especial destaque no atual contexto, tendo em vista os resultados adversos da crise econômica para a criação e manutenção do pleno emprego. Segundo a doutrina preconizada por Keynes, em momentos de incerteza a poupança tende a se acumular, havendo redução da demanda efetiva. Hoje seria essencial que países superavitários como a China diminuíssem seus superávits em prol do bem-estar de países que passam por dificuldades. Não obstante, será que o modo

como o sistema monetário internacional está organizado serve de incentivo para o aumento do consumo externo chinês? Quem garante que, se a China e os demais países superavitários começarem a incentivar as importações, os Estados Unidos, assim que recuperarem seu crescimento, não tornarão a abusar de seus exorbitantes privilégios? É muito difícil que os superavitários adotem uma postura de cooperação sem que seja construído um novo sistema monetário justo e voltado à prosperidade, de um modo semelhante ao idealizado por Keynes.

Enquanto o sistema não for reformulado, não haverá incentivos para a cooperação internacional, permanecendo a instabilidade, que inevitavelmente gerará crises cada vez maiores. A construção de um sistema monetário justo está exclusivamente nas mãos dos governantes, e dependem exclusivamente de sua vontade, pois as transformações requeridas são de cunho institucional.

Ou a humanidade muda seus valores competitivos e hierárquicos em prol dos valores da cooperação e interdependência por vontade própria, ou terá de mudar por meio do sofrimento gerado pela guerra e pela pobreza. É preciso ser realista e admitir que dentro da visão de curto prazo que infelizmente ainda reina na política econômica internacional não há incentivos para que as nações beneficiadas pelos referidos processos assimétricos se esforcem para construir um sistema econômico simétrico e mais justo. Por meio de uma conscientização da sociedade civil acerca dos benefícios de se construir um projeto de longo prazo talvez seja possível influenciar os políticos e impedir que estes mantenham o processo cíclico vicioso que, tal como se vê nos dias atuais, tem lançado no desemprego a população dos Estados Unidos e de alguns países da Europa, que outrora eram beneficiados pelas assimetrias econômicas internacionais.

## CONCLUSÃO

A justiça social entre os cidadãos dos Estados nacionais e a justiça entre os povos é a única forma de o homem atingir a paz. Por outro lado, não é possível estabelecer a justiça no âmbito interno sem que exista justiça entre os povos, pois os países, da mesma forma que os cidadãos de um Estado nacional, são interdependentes. Infelizmente, o cultivo de valores como o da concorrência característica do capitalismo e o da hierarquia compartilhada tanto pelo capitalismo quanto pelo comunismo, tornou as relações de interdependência entre os seres humanos assimétricas, gerando miséria, conflitos sociais, guerras, objetivação do ser, confusões entre o ser o ter e, sobretudo, a substituição do amor a si e ao próximo por um egoísmo infrutífero causador de ruína e infelicidade.

Seria preciso construir uma nova realidade social, substituindo esses valores anacrônicos pelos da tolerância, da liberdade individual, da autodeterminação dos povos, da cooperação, do proveito mútuo, de modo a transformar a assimetria em simetria

nas relações de interdependência entre os membros da família humana. Para que isso seja possível, é preciso reconstruir não apenas a estrutura básica interna dos Estados nacionais, mas a estrutura básica da sociedade internacional, uma vez que o poder dos Estados entendidos isoladamente não pode superar o poder assimétrico causador de injustiça que emerge das relações de interdependência entre as unidades constitutivas do sistema internacional.

A violação dos direitos humanos na África e na Ásia, por exemplo, não pode ser atribuída apenas a países desses continentes, pois embora eles violem esses direitos de forma direta, a responsabilidade por essas violações é de todo sistema internacional, tal como percebeu Thomas Pogge. Esse sistema internacional, por sua vez, não pode ser reduzido apenas aos Estados e organizações internacionais, uma vez que os agentes privados representados pelas grandes empresas transnacionais possuem poder semelhante a essas instituições, não raro, determinando a política dos Estados.

Nesse contexto surge o Direito Cosmopolita como instrumento para alcançar a paz por meio da justiça. Entre os seus fundamentos está o princípio da tolerância, que é a resposta para os problemas gerados pelas diferenças de ordem cultural e religiosa existentes tanto no âmbito interno dos Estados quanto no âmbito internacional. O princípio da tolerância do Direito Cosmopolita leva a liberdade individual e a diversidade de formas de vida a sério, respeitando todas as manifestações existenciais, desde que não sejam impostas aos seres humanos. Nesse sentido, cada um é senhor apenas de si próprio e jamais senhor do próximo. Isso vale para as relações entre os indivíduos em sua esfera privada e para as relações entre os indivíduos e o Estado, e para as relações entre os próprios Estados.

O teórico do Direito Cosmopolita assume uma função mais complexa e sofisticada do que o tradicional teórico positivista, que se ocupa apenas da leitura superficial dos textos jurídicos. O teórico do Direito Cosmopolita deve analisar o Direito consoante sua referida função, o que lhe trará o encargo da interdisciplinaridade e a satisfação de dialogar com seus amigos filósofos, sociólogos, economistas, e com o povo de modo geral, sempre buscando medidas que possam ser transformadas em leis, a fim de construir ou reformar instituições no sentido da justa distribuição de direitos e deveres, eliminar o conflito e atingir a paz perpétua.

Na contemporaneidade, uma das medidas necessárias para alcançar a justiça entre os povos, impedindo a possibilidade de uma catastrófica terceira guerra, seria o estabelecimento de uma moeda mundial de reserva. O estabelecimento dessa moeda, dar-se-ia consoante os fundamentos do Direito Cosmopolita que se encontram positivados em vários documentos internacionais, como a Carta das Nações Unidas, a Declaração da Organização das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, a Declaração sobre os Princípios da Tolerância, entre outros.

A proposta de Keynes, elaborada muito antes do surgimento da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos,

Sociais e Culturais, e rejeitada no acordo de Bretton Woods, adéqua-se a muitos dos fundamentos do Direito Cosmopolita contidos nesses documentos, pois possibilita a construção de um sistema monetário internacional fundado no princípio da interdependência, da cooperação e do proveito mútuo.

Caberia aos economistas verificar até que ponto essa proposta poderia ser melhorada, para se adequar ao atual contexto econômico; e caberia ao jurista cosmopolita verificar até que ponto uma proposta de reforma do sistema monetário internacional se adéqua aos seus fundamentos de justiça, que pudessem ser considerados normas de *jus cogens*.

Urge reconstruir as estruturas institucionais segundo princípios de justiça cosmopolita, para se conseguir uma nova ordem mundial que promova a paz e elimine a pobreza, trazendo todos os membros da família humana para uma nova vida de unidade em meio à diversidade.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 07/05/2011*

NOTAS

**1** Cf. Rawls (1971).

**2** Na busca por meios de se implantar um estado de paz perpétua, de destaque foi um dos trabalhos de Kant (2006, p. 57), em que o autor afirmava: "Não deve considerar-se válido nenhum tratado de paz que tenha sido celebrado com a reserva secreta sobre alguma causa de guerra no futuro. Tratar-se-ia, neste caso, simplesmente de um mero armistício, uma prorrogação das hostilidades, não da *paz*, que significa o fim de todas as hostilidades".

**3** No artigo 1º dessa Declaração (1995), a tolerância é definida como "o respeito, a aceitação e o apreço da riqueza e da diversidade das culturas de nosso mundo, de nossos modos de expressão e de nossas maneiras de exprimir nossa qualidade de seres humanos. É fomentada pelo conhecimento, a [sic] abertura de espírito, a [sic] comunicação e a [sic] liberdade de pensamento, de consciência e de crença. *A tolerância é a harmonia na diferença.* Não só é um dever de ordem ética; é igualmente uma necessidade política e jurídica. A tolerância é uma virtude que torna a paz possível e contribui para substituir uma cultura de guerra por uma cultura de paz" (grifo nosso).

**4** O artigo terceiro da Declaração (1896) expressa que "*Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros* para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional baseada *na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos*" (grifo nosso).

**5** O artigo primeiro do Pacto (1992) é muito elucidativo: "... todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. *Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica*

*internacional, baseada no princípio do proveito mútuo, e do Direito Internacional. Em caso algum, poderá um povo ser privado de seus meios de subsistência*. Os Estados partes do presente pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas (grifo nosso).

**6** Sobre o conceito de direitos humanos absolutos Alexy afirma: "*Los derechos humanos absolutos son derechos que tienen todos frente a todos los seres humanos, grupos y Estados. El derecho a la vida es un ejemplo. Los derechos humanos relativos son derechos que tienen todos frente a, por lo menos, un ser humano, un grupo o un Estado*". ALEXY, Robert, La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. *Revista Del Instituto Bartolomé De Las Casas*, v. 8, p. 21-42, Jan./Jun, 2000, p. 26.

**7** No original: "*Much of it was built up in the colonial era, when today's affluent countries ruled today's poor regions of the world: trading their people like cattle, destroying their political institutions and cultures, taking their lands and natural resources, and forcing products and customs upon them*" (Pogge s.d. *a*).

**8** No original: "*We are preserving our great economic advantages by imposing a global economic order that is unjust […]There is a shared institutional order that is shaped by the better-off and imposed on the worse-off*" (Pogge, s.d. *a*).

**9** No original: "*Thanks to the inattention of our economists, many believe that the existing global institutional order plays no role in the persistence of severe poverty, but rather that national differences are the key factors (…) Once we break free from explanatory nationalism, global factors relevant to the persistence of severe poverty are easy to find*" (Pogge, s.d. *a*).

**10** No original: "*National economies are inescapably linked financially through the balance of payments […]. One country's surplus is another country's deficit. The risk of an unsustainable disequilibrium thus represents a persistent threat to policy independence*" (Cohen, 2009. p. 20). Cohen pretendia investigar até que ponto a internacionalização de uma moeda nacional pode contribuir para postergar o ônus do ajuste no balanço de pagamentos. Com efeito, os ajustes no balanço de pagamentos costumam representar grandes custos políticos e econômicos, como corte de gastos e inflação, conforme o país esteja deficitário ou superavitário. Segundo esse autor a internacionalização de uma moeda nacional atribui flexibilidade macroeconômica ao país emissor dessa moeda, pois passa a existir uma facilidade na obtenção de financiamentos por parte do Estado emissor, tendo em vista a demanda que surge por títulos denominados na sua moeda. Isso daria ao Estado emissor um poder de influenciar a política dos outros países de forma direta ou indireta. Um exemplo clássico de influência indireta se deu durante a guerra fria, quando os soviéticos passaram a temer que os Estados Unidos confiscassem suas aplicações em dólar. Temerosos, eles começaram a depositar seus dólares na Inglaterra, dando origem ao que hoje se conhece pelo mercado como eurodólar: o mercado de dólares depositados fora dos Estados Unidos. Um exemplo de influência direta seria se os Estados Unidos tivessem realmente confiscado o dinheiro dos soviéticos. O que se critica na abordagem de Cohen é que, embora ele tenha destacado corretamente os aspectos públicos e privados do monetário ao relacionar sua análise com a funções desempenhadas pela moeda, o autor não relacionou os benefícios econômicos com os políticos, quando se sabe que a política é sobremaneira influenciada por questões econômicas.

**11** Nesse sistema, os bancos emprestam grande parte dos depósitos a vista, retendo compulsoriamente apenas uma fração desses depósitos. Isso quer dizer, em termos práticos, que se todos os depositantes forem ao banco ao mesmo tempo sacar seu dinheiro o banco quebra.

**12** Um ganho de senhoriagem deriva do fato de que o custo de emissão de moeda é inferior ao valor dos bens que se pode adquirir com ela.

**13** A Grã-Bretanha possuía grande flexibilidade macroeconômica, podendo influenciar direta ou indiretamente a política dos outros países.

**14** É possível que, após a constituição de uma rede, as relações de interdependência assimétrica fiquem tão arraigadas no corpo social a ponto de, mesmo após o abandono das regras de conexão por um dos nós, fazer com que os outros continuem a se conectar da mesma forma em relação a ele, pois o poder que outrora era sustentado por normas jurídicas transformou-se num poder econômico autossuficiente, já que os nós absorveram aquelas relações como naturais ao sistema, embora isso não seja verdade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. Derechos y Libertades. *Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas*, v. 8, p. 21-42, jan. 2000.
ALVARES, Jefferson Siqueira de Brito Alvarez. O Fim do Privilégio Exorbitante. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 2, p. 49-63, dez. 2009.
BEITZ, Charles. Liberalismo Internacional e Justiça Distributiva. Disponível em: www.scielo.br/pdf/ln/n47/a03n47.pdf. Acesso em: 15 mar. 2011.
CAPELLA, Juán Ramon. *Fruta Prohibida*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.
CARCHEDI, Gluglielmo. *Frontiers of Political Economy*. London: Verso, 1991.
CARVALHO, Fernando Cadim de. Bretton Woods aos 60 anos. (s. d.). Disponível em: www.ie.ufrj.br/moeda/pdfs/bretton_woods_aos_60_anos.pdf. Acesso em: 2 fev. 2011.
COHEN, Benjamin. Currency and State Power. *Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central*, v. 3, n. 2, p. 15-49, dez. 2009.
DECLARAÇÃO sobre o direito ao desenvolvimento. (1986). Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/spovos/lex170a.htm. Acesso em: 5 ago. 2009.
DECLARAÇÃO de Princípios sobre a Tolerância. (1995). Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec95.htm. Acesso em: 9 out. 2010.
HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
INTERNATIONAL MONETARY FUND. Reserve Accumulation and International Monetary Stability. (2010). Disponível em: www.imf.org/external/np/pp/eng/2010/041310.pdf. Acesso em: 8 abr. 2010.
KANT, Immanuel. *Para a paz perpétua*. Tradução de Bárbara Kristensen. Riancho: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.
KEOHANE, Robert. *Neorealism and its Critcs*. New York: Columbia University Press, 1986.
MENGER, Carl. Principles of economics. New York: University Press, 1981.
PACTO internacional sobre direitos econômicos sociais e culturais. (1992). Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_economicos.htm. Acesso em: 9 set. 2010.
PARADA FILHO, Américo Garcia. Os Estados Unidos e a conversão de sua dívida. (2009). Disponível em: www.cosif.com.br/publica.asp?arquivo=20090328complexoviralatas. Acesso em: 5 abr. 2011.
POGGE, Thomas. World Poverty and Human Rights. (s.d.[a]). Disponível em: www.law.georgetown.edu/faculty/events/userfiles/file/LawPhilosophy/Fall%202008/Pogge%20World%20Poverty%20and%20Human%20Rights.pdf. Acesso em: 5 mai. 2010.
_____. Recognized and Violated by International Law: The Human Rights of the Global Poor. (s.d.[b]). Disponível em:www2.ohchr.org/english/issues/poverty/expert/docs/Thomas_Pogge_new.pdf. Acesso em: 15 abr. 2011.
RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Massachusetts: Harvard University Press, 1971.
_____. *The Law of Peoples*. Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
ROTHBARD, Murray. As crises monetárias mundiais. (s. d.). Disponível em: www.mises.org.br/Article.aspx?id=258. Acesso em: 20 jul. 2009.
SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: Investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

*Fernando dos Santos Lopes*

Advogado
Pós-graduando em controladoria pela Universidade Federal do Paraná

Rua Santa Mônica, 826
Capão Raso – 81110-400
Curitiba – PR – Brasil
*fernandoslopes.law@hotmail.com*

# DISCURSOS DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

*Rosane Leal da Silva, Andressa Nichel, Anna Clara Lehmann Martins e Carlise Kolbe Borchardt*

*HATE SPEECH IN SOCIAL NETWORKS: BRAZILIAN CASE LAW*

**RESUMO**

Tendo-se em vista a crescente popularização de redes de relacionamento virtual como o Orkut, a facilidade de divulgação de conteúdos prejudiciais nesses meios, e a necessidade de o Direito adaptar-se às demandas da Era da Informação, o presente artigo busca elucidar se e como o sistema judiciário brasileiro julga litígios envolvendo discursos de ódio publicados em redes sociais. De forma a cumprir esse objetivo, utilizou-se de abordagem quantitativa (coleta sistemática de dados jurisprudenciais nos sítios de tribunais, tendo por filtro a palavra "Orkut") e qualitativa (análise das jurisprudências pertinentes). Como conclusão, verificou-se que o Poder Judiciário do Brasil, embora receba poucas demandas sobre discursos intolerantes veiculados em rede virtual, posiciona-se de forma a privilegiar a dignidade das pessoas que interagem no ciberespaço.

**PALAVRAS-CHAVE**

Discurso de ódio; direitos fundamentais; Sistema Judiciário Brasileiro; redes sociais; Internet.

***ABSTRACT***

*Considering the growing popularization of virtual social networks like Orkut, the easiness to spread harmful content in this media, and the need of Law to adapt itself to the demands of the "information age", the present paper aims to elucidate whether and how the Brazilian Judicial System judges cases involving hate speech published in social networks. In order to fulfill this objective, two approaches have been used: one quantitative (systemic gathering of jurisprudential data in the tribunals' sites, having for filter the word "Orkut") and the other, qualitative (analysis of relevant case law). In conclusion, it was verified that the Judiciary in Brazil, although it receives few complaints about intolerant discourses conveyed in virtual network, it is positioned so as to privilege the dignity of people interacting in cyberspace.*

***KEYWORDS***

*Hate speech; Constitutional rights; Brazilian Judicial System; social networks; Internet.*

## INTRODUÇÃO

A internet revolucionou as maneiras de o ser humano se comunicar. Essa inovadora tecnologia da informação, cujo diferencial é a extrema rapidez e a vasta amplitude de suas operações, permite ao homem externar seus pensamentos, suas opiniões, suas escolhas, externar a si próprio das mais variadas formas e a um largo espectro de outros homens que, como ele, também se projetam no ciberespaço. Dadas as

múltiplas possibilidades de compartilhamento informacional entre diferentes pessoas, oriundas de diferentes culturas e conhecedoras de diferentes áreas do saber, muito se fala sobre a formação de uma *inteligência coletiva* na rede. Entretanto, se o mundo virtual serve como mecanismo privilegiado de projeção do ser humano, tal qual um espelho, ele também *virtualmente* reflete os aspectos pouco promissores da realidade palpável.

Através da rede, o homem comete ilícitos, propaga mensagens de conteúdo prejudicial, viola direitos fundamentais dos demais usuários. Essa problematização, que não é essencialmente nova, porém mais complexa e potencializada por uma roupagem tecnológica, exige atitudes adequadas por parte dos entes encarregados da proteção do ser humano em sua dignidade, entre esses, o Estado. Seu papel é de suma importância a fim de que se desfaça o ditame do senso comum de que a internet é um ambiente à margem do Direito. Embora os fluxos informacionais da rede transcendam as fronteiras nacionais, estando em todo e em nenhum lugar concomitantemente (daí uma de suas características principais, a *desterritorialização*), permanece a incumbência do Estado de intervir quando um indivíduo ou grupo pertencente ao seu território tem seus direitos lesados por conteúdos publicados no ambiente virtual.

Este artigo visa identificar e analisar as respostas dadas pelo Estado brasileiro, em sua função judiciária, aos litígios envolvendo uma categoria específica de conteúdo prejudicial *online*, o discurso de ódio veiculado em redes sociais. Genericamente, esse discurso se caracteriza por incitar a discriminação contra pessoas que partilham de uma característica identitária comum, como a cor da pele, o gênero, a opção sexual, a nacionalidade, a religião, entre outros atributos. A escolha desse tipo de conteúdo se deve ao amplo alcance desta espécie de discurso, que não se limita a atingir apenas os direitos fundamentais de indivíduos, mas de todo um grupo social, estando esse alcance agora potencializado pelo poder difusor da rede, em especial de redes de relacionamento como Orkut e Facebook. O enfoque nessas plataformas se justifica pelo fato de elas terem se tornado a forma de entretenimento favorita de internautas do Brasil e de outros países, colocando grandes contingentes em mútuo e rápido contato. Apesar do incremento que representam para as relações humanas, essas redes podem revelar-se ferramentas facilitadoras de propagação de mensagens odientas e de incitação de pessoas, sobretudo através das chamadas comunidades virtuais. Tais aspectos, somados à ainda incipiente produção científica brasileira sobre discurso de ódio sob a óptica virtual, justificam que se busque aferir como o Poder Judiciário do Brasil enfrenta a questão.

De forma a cumprir esse objetivo, utilizou-se de duas abordagens: quantitativa e qualitativa. Na abordagem quantitativa, preocupou-se em verificar a *existência* e a *intensidade numérica* de decisões judiciais sobre discursos de ódio presentes em uma rede de relacionamento específica e popular no Brasil, o Orkut, em comparação com

outras causas de pedir relativas ao mesmo sítio. Já na abordagem qualitativa, importou analisar o *tratamento* conferido a esse discurso nos julgados pertinentes.

A técnica de pesquisa empregada foi documental e compreendeu (1) pesquisa bibliográfica, com a finalidade de estabelecer as categorias conceituais para a definição do discurso de ódio, liberdade de expressão e dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, referências que servirão para etapas posteriores da pesquisa, utilizando como marco teórico as construções de Winfried Brugger, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Ingo Wolfgang Sarlet; (2) coleta sistemática de dados jurisprudenciais em tribunais recursais da justiça comum – Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais (TRFs), Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal (STF) –, e (3) análise da jurisprudência concernente a esta espécie de discurso.

O presente artigo está estruturado em três partes, correspondentes às etapas da pesquisa efetuada. Primeiramente, far-se-á uma explicação acerca de o que é considerado discurso de ódio e como este se relaciona com a internet e o ordenamento jurídico brasileiro. Após, partir-se-á para a exposição e exame dos dados quantitativos auferidos na pesquisa jurisprudencial e a pormenorização do método de coleta e de sistematização utilizado. Na terceira parte, por meio da análise qualitativa de julgado, responder-se-á à pergunta que constitui o cerne deste artigo: Qual é o tratamento dado pelo Poder Judiciário ao discurso de ódio veiculado em redes sociais?

## 1 SOBRE O DISCURSO DE ÓDIO

O discurso de ódio compõe-se de dois elementos básicos: discriminação e externalidade. É uma manifestação segregacionista, baseada na dicotomia superior (emissor) e inferior (atingido) e, como manifestação que é, passa a existir quando é dada a conhecer por outrem que não o próprio autor. A fim de formar um conceito satisfatório, devem ser aprofundados esses dois aspectos, começando pela externalidade.

A existência do discurso de ódio, assim toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar.

Nas palavras de Jeremy Waldron (2010, p. 1601), o problema se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada. Nessa situação, o discurso *existe*, está ao alcance daqueles a quem busca denegrir e daqueles a quem busca incitar contra os denegridos, e está apto para produzir seus efeitos nocivos, quais sejam: as violações a direitos fundamentais, o ataque à dignidade de seres humanos. Em suma, dessa manifestação pública advêm o dano e a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle, dentre elas, o Direito.

Ademais de puramente manifestar-se, para caracterizar-se como tal, o discurso de ódio deve manifestar discriminação, ou seja, desprezo por pessoas que compartilham de alguma característica que as torna componentes de um grupo. Essas pessoas são referidas como inferiores, ou ainda, parafraseando Waldron, são tidas como indignas da mesma cidadania dos emissores dessa opinião.[1] Enfatizando esse teor discriminatório, tem-se a definição de Winfried Brugger para este tipo de discurso: "[*refere-se a*] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas" (2007, p. 118).

A definição peca pela aparente restrição das características que podem ser consideradas objeto de discriminação. O homem, dada sua contingência, é capaz de manifestar numerosas características, concretas ou abstratas, passíveis de reconhecimento, diferenciação e, malgrado seu, discriminação. Faz pouco sentido restringir essas características àquelas tidas como mais recorrentes ou mais graves, pois poder-se-ia cometer uma injustiça. O efeito denegridor subsiste tanto na discriminação de gênero quanto na de idosos, por exemplo. Apesar dessa limitação, a citação de Brugger é eficiente no sentido de dividir o tal discurso em dois atos: o insulto e a instigação. O primeiro diz respeito diretamente à vítima, consistindo na agressão à dignidade de determinado grupo de pessoas por conta de um traço por elas partilhado. O segundo ato é voltado a possíveis "outros", leitores da manifestação e não identificados como suas vítimas, os quais são chamados a participar desse discurso discriminatório, ampliar seu raio de abrangência, fomentá-lo não só com palavras, mas também com ações.

Quanto a suas estratégias de persuasão, o discurso de ódio aproveita-se de elementos relativos à área de publicidade e propaganda para angariar adeptos, quais sejam, a criação de estereótipos, a substituição de nomes, a seleção exclusiva de fatos favoráveis ao seu ponto de vista, a criação de "inimigos", o apelo à autoridade e a afirmação e repetição, conforme Brown (1971, p. 27-30). Aliado a isso, o discurso procura aumentar sua probabilidade de aceitação por conta do uso de argumentos emocionais e da ausência de contraposição direta e imediata a tais mensagens. Combinadas essas faces, a que insulta e a que instiga, tem-se que este discurso, além de expressar, procura aumentar a discriminação.

No que concerne à violação provocada, embora esse ponto já tenha sido tocado nesta discussão, faz-se necessário esclarecer que o discurso de ódio fere a dignidade da pessoa humana, característica essencial do homem individual e coletivamente considerado.

O conceito de dignidade da pessoa humana adotado neste artigo é o de Ingo Wolfgang Sarlet, que encara a dignidade sob uma perspectiva filosófica, nas dimensões ontológica e intersubjetiva, e jurídica, nas dimensões negativa e positiva. Filosoficamente, para Sarlet, a dignidade é qualidade inerente e distintiva do ser

humano (dimensão ontológica), que exige reconhecimento e respeito por parte dos demais seres humanos (dimensão intersubjetiva). Do ponto de vista jurídico, Sarlet diz que a dignidade implica limites à ação humana, como forma de proteção contra atos degradantes (dimensão negativa), ao mesmo tempo que deve ser promovida ativamente para garantir uma vida saudável a todos (dimensão positiva). Nas palavras desse autor:

> [A] dignidade da pessoa humana [é] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida Sarlet (2011, p. 73, grifos do autor).

Quando uma pessoa dirige um discurso de ódio a outra, a dignidade é vulnerada em sua dimensão intersubjetiva, no respeito que cada ser humano deve ao outro. Mas não só isso. No caso do discurso odiento, vai-se além: é atacada a dignidade de todo um grupo social, não apenas a de um indivíduo. Mesmo que este indivíduo tenha sido diretamente atingido, aqueles que compartilham a característica ensejadora da discriminação, ao entrarem em contato com o discurso odiento, compartilham a situação de violação. Produz-se o que se chama de *vitimização difusa*. Não se afigura possível distinguir quem, nominal e numericamente, são as vítimas. Aquilo que se sabe é que há pessoas atingidas e que tal se dá por conta de seu pertencimento a um determinado grupo social.

A fim de manifestar-se e atingir seus objetivos danosos, o discurso de ódio deve ser veiculado por um meio comunicacional. Esse meio é escolhido de acordo com o período histórico vivido pelo autor, com suas condições aquisitivas e de acesso às tecnologias, com o público visado por este, entre outras variáveis. Inclusive, pode-se dizer que o discurso é tanto mais nocivo quanto maior o poder difusor de seu meio de veiculação. Se há alguns séculos a propagação de ideias se restringia ao círculo exíguo daqueles que sabiam ler e tinham acesso a livros, hoje essa divulgação alcança um espectro bem mais amplo de pessoas, dada à democratização educacional e à evolução dos meios comunicacionais. Tal evolução, que passa pelo rádio e pela televisão, atinge seu auge com o advento da internet. Embora as propriedades intrínsecas da rede – relativização de tempo e espaço, difusão em escala mundial, múltiplas formas de compartilhamento informacional –, propiciem rico intercâmbio entre pessoas e

culturas, é inegável que igualmente alargam o alcance de conteúdos perniciosos, como o discurso de ódio, além de trazerem obstáculos a investigações, à ação de meios de controle ainda muito acostumados com o mundo palpável. Entre esses obstáculos tem-se a questão do anonimato, os múltiplos endereços de um mesmo sítio, a criação de perfis pessoais falsos e de comunidades com fórum fechado, ao que se somam as dificuldades em virtude do despreparo dos agentes investigadores quanto aos usos das novas tecnologias. Nesse sentido, percebe-se a necessidade de adequação, de "flexibilidade de raciocínio" (Pinheiro, 2008, p. 35) por parte dos meios de controle, principalmente do Direito.

E o Direito, tal qual construído na modernidade, tem sido constantemente desafiado pelas interações ocorridas no ambiente virtual, especialmente quando se trata de conteúdos destinados a propagar o ódio. Com efeito, muitos dos discursos proferidos com essa finalidade não encontram tipificação legal, pois no Brasil é concedido tratamento legal específico a apenas alguns tipos de discursos de ódio.

A Lei n. 7.716/89, em seu artigo 20, aponta como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, adicionando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo. Aos discursos de ódio embasados nesses critérios, a Lei brasileira reserva a categoria de ilicitude. Aos demais, é silente a legislação ordinária, cabendo a aplicação de medidas coadunantes com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) – norma fundamental de plena eficácia que legitima e confere unidade de sentido à ordem constitucional brasileira (Sarlet, 2011, p. 91) –, e dispositivos a ele diretamente vinculados, como a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), a igualdade de gênero (art. 5º, I) e a não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Posto que conforme o ordenamento jurídico brasileiro há discursos de ódio ilícitos e não ilícitos, neste trabalho optou-se pela adoção do termo "conteúdos prejudiciais" como gênero a englobar os últimos, em contraposição a "conteúdos ilícitos", em que estão contidos os primeiros.[2] É relevante lembrar que ambos os conteúdos dizem respeito à violação de direitos fundamentais, ambos causam prejuízo, entretanto, apenas aos emissores de conteúdos ilícitos é cominada uma pena por sua conduta – grau máximo a que chega a dimensão negativa, ou defensiva, da dignidade da pessoa humana.

Feita essa breve exposição de aspectos tidos como relevantes, fica estabelecido que, ao longo deste artigo, o discurso de ódio será considerado manifestação discriminatória externalizada, que abrange os atos de discriminar e de instigar a discriminação contra determinado grupo de pessoas que possuem uma característica em comum. Seus efeitos atingem a dignidade de um grupo, não só de um indivíduo que dele faça parte. Conforme a incidência de norma legal, esse discurso pode ser configurado como ilícito. De forma ampla, tratar-se-á dele como conteúdo prejudicial, por causar prejuízo aos direitos fundamentais daqueles a quem refere. Realizada

essa construção, imprescindível para a compreensão do tema, passar-se-á à exposição e análise de dados jurisprudenciais quantitativos.

## 2 DADOS JURISPRUDENCIAIS QUANTITATIVOS E ANÁLISE

Esta parte do trabalho tem por objetivo verificar *se* e em que intensidade o Poder Judiciário enfrenta demandas sobre discursos de ódio *online*, especificamente aqueles difundidos em redes virtuais de relacionamento, servindo-se, para isso, de duas seções. A primeira é dedicada à pormenorização do método de pesquisa utilizado na coleta de dados jurisprudenciais. A segunda apresenta os resultados quantitativos encontrados e sua análise, conforme se verá em sequência.

### 2.1 Método de pesquisa adotado

A fim de obter, em um período razoavelmente curto, uma visão o mais completa possível do tratamento conferido pelo Poder Judiciário aos discursos de ódio *online*, realizou-se uma pesquisa jurisprudencial pela internet em tribunais recursais brasileiros que poderiam ter competência para tal demanda. Enquadraram-se nesse conceito os Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os Tribunais Regionais Federais das cinco regiões, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Foram reputados como resultados da pesquisa tanto decisões monocráticas quanto acórdãos proferidos por esses juízos. Isso a fim de possibilitar uma abrangência metodológica maior e resultados mais fidedignos à posição do Poder Judiciário perante esse tipo de manifestação discriminatória.

A pesquisa jurisprudencial foi feita através dos sítios dos tribunais na internet, nos quais existem áreas que possibilitam o acesso às decisões proferidas por aquele juízo, geralmente denominadas "Jurisprudência" ou "Consulta de Jurisprudência". Os dados referidos neste artigo foram colhidos no período de 15 de agosto até 15 de setembro de 2010.

A palavra-chave utilizada para realizar a filtragem dos resultados foi Orkut, tanto nos campos "Ementa" quanto "Inteiro teor", a fim de que a pesquisa realizada fosse limitada aos processos em que era mencionada a referida rede de relacionamentos *online*. Especificamente, se escolheu Orkut e não outra rede social porque 50,6% dos seus usuários são brasileiros, segundo dados do próprio sítio (Orkut, 2010a). Isso representa 24 milhões de brasileiros interagindo (Orkut, 2010b), o que o torna uma plataforma provável para o tipo de demanda buscado.[3] Também contribuiu para essa escolha o fato de as pesquisas sobre o uso das tecnologias informacionais, realizadas pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e Comunicação (Cetic), órgão vinculado ao Comitê Gestor da Internet no Brasil, apontarem recorrentemente o Orkut como a principal atividade de entretenimento realizada pelos brasileiros usuários da internet (Brasil, 2010c).

Durante a pesquisa, entendeu-se útil dividir os julgados encontrados em grandes áreas, além do discurso de ódio, para fins de comparação. A determinação dessas áreas se deu através da constatação de que algumas causas de pedir apareciam com frequência e se referiam a temas usuais na discussão sobre internet. Dividiu-se a pesquisa, portanto, nas seguintes categorias: discursos de ódio, direitos de personalidade, pornografia e outros.

Foram classificados como "discurso de ódio" os julgados cujo objeto de demanda envolvia manifestações discriminatórias dirigidas contra determinado grupo em função de uma característica partilhada por seus membros. Teve-se em conta, estritamente, discursos que configurassem dano a um grupo social e não a um indivíduo, podendo tais mensagens ser voltadas diretamente ao insulto das vítimas ou ao incitamento de práticas discriminatórias através do Orkut.

Na categoria denominada "direitos de personalidade", incluíram-se situações de violação aos direitos à honra, ao recato, à imagem e à liberdade, ou seja, os direitos de personalidade em seu aspecto moral (Amaral, 2008, p. 284). As ofensas a um indivíduo, à sua honra e liberdade foram consideradas nessa categoria, bem como o uso indevido da imagem e informações pessoais expostas na rede.

Os julgados submetidos à categoria de "pornografia" têm como característica principal a publicação ou divulgação de imagens de conteúdo sexual[4] (ponto em que se distancia do direito de personalidade e à imagem).

Por fim, na categoria "outros", que é residual, incluíram-se os resultados que não se encaixaram em nenhuma das categorias originárias, convencionadas para os fins de nosso trabalho e metodologia.

### 2.2 Exposição e análise quantitativa dos dados encontrados

Ao fim da pesquisa jurisprudencial foi encontrado um universo total de 685 julgados correspondentes à metodologia aplicada. Destes, 595 foram resultados advindos dos Tribunais de Justiça; setenta foram os resultados obtidos nos Tribunais Regionais Federais; dezoito foi o número de decisões encontradas no Superior Tribunal de Justiça; no Supremo Tribunal Federal foram obtidos apenas dois resultados.

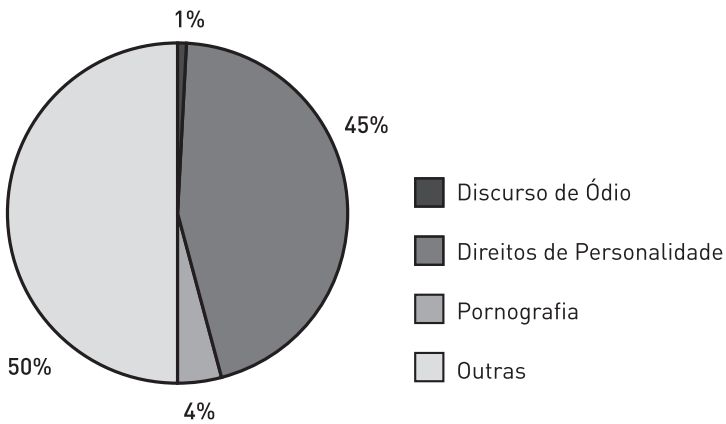
Do universo total de decisões correspondentes à pesquisa, "outros" foi a classificação mais encontrada (50%), seguida por "direitos de personalidade", que correspondeu a 45% do total de julgados encontrados. É importante ressaltar que na parcela classificada como "direitos de personalidade" pode haver litigâncias que tangenciem discursos de ódio, mas fazem-no por um viés de ofensa pessoal e são demandadas como uma violação à subjetividade da vítima, não interessando ao objetivo desse trabalho.

Os discursos de ódio representam aproximadamente 1% (um total de 6 casos) das decisões encontradas. Isso demonstra que, mesmo em pouca quantidade, a demanda já se apresenta ao Poder Judiciário. A maioria desses processos foi de iniciativa do

Ministério Público, instituição que tem como um de seus fundamentos a defesa de interesses sociais, representando em nome de causas que transcendem o individual, como é o caso desse tipo de discurso discriminatório.

Os números vultosos de resultados encontrados nas outras categorias, principalmente em "direitos de personalidade" e "outros", explicam-se pelo método de coleta utilizado. Nem todas as demandas encontradas se situaram necessária e exclusivamente no ambiente do Orkut. Considerou-se o bastante que o processo mencionasse a palavra "Orkut", por menos significativa que fosse sua participação no litígio. A distribuição percentual do total de julgados encontrados pode ser verificada no gráfico 1.

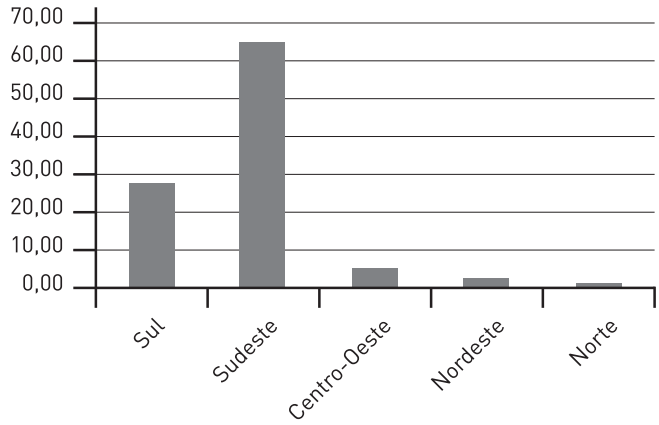
**GRÁFICO 1:**
Total de julgados encontrados (TJ, TRF, STJ, STF)




Ao efetuar-se a pesquisa nos Tribunais de Justiça (TJs), houve Estados que não apresentaram resultado algum. No Estado do Tocantins não foi possível realizar a pesquisa, pois o sítio do TJ manteve-se inacessível durante o período de coleta de dados. Em nove Estados – Alagoas, Amapá, Amazonas, Ceará, Maranhão, Pará, Paraíba, Piauí e Roraima – a pesquisa foi realizada com sucesso e descobriu-se que não havia decisões que contivessem a palavra Orkut.

É possível verificar que os Estados que não apresentaram resultados estão todos localizados nas regiões Nordeste ou Norte. Como demonstra o gráfico 2, são exatamente essas as regiões com as menores percentagens de julgados encontrados, ambas com menos de 5%. É significativo o contraste desses resultados com os da região Sudeste, que detém a liderança no número total de julgados encontrados, com 63% dos resultados totais, seguida pela região Sul, com 27%.

**GRÁFICO 2:**
Total de julgados encontrados em Tribunais de Justiça, por região (%)




Esses dados vão ao encontro dos resultados fornecidos pelo Cetic. Na quinta edição da pesquisa sobre o uso das tecnologias da informação e comunicação no Brasil, realizada entre os meses de setembro e novembro de 2009 e divulgada no sítio do Cetic, constatou-se que a região Sudeste tem 35% dos domicílios com acesso à internet e a Sul, também com um alto índice, 32% (Brasil, 2010c). Através desses dados, percebe-se claramente que as regiões nas quais há maior litigância são aquelas em que a população tem maior acesso às tecnologias informacionais.

Igual análise pode ser feita em relação às regiões com menos resultados (Nordeste e Norte), pois segundo a mesma pesquisa divulgada pelo Cetic, em ambas apenas 13% dos domicílios têm acesso à internet. Isso confirma a falta de acesso de algumas partes do Brasil à rede, e permite compreender a parca litigância encontrada a respeito nos tribunais. A comprovação da pouca acessibilidade ao ciberespaço nessas regiões justifica as novas normatizações e programas de inclusão digital que visam à promoção desse acesso.

Ainda trabalhando com os dados dos Tribunais de Justiça (gráfico 3), a fim de compará-los com os dos Tribunais Regionais Federais (gráfico 4), percebe-se uma diferença significativa no que concerne aos discursos de ódio. Enquanto nos TJs este tipo de discurso represente 0,34% da parcela de decisões encontradas – apenas dois em um total de 595 –, nos TRFs essa percentagem aumenta para 4,29% – três em um total de setenta julgados encontrados. Isso se dá, mormente, em virtude de divergências sobre a competência para julgar causas relativas ao meio virtual.

O Superior Tribunal de Justiça apresentou uma decisão concernente a este assunto, o que representa 5% do total de resultados obtidos deste juízo. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, ficou silente quanto às manifestações discriminatórias

publicadas em redes virtuais, apresentando apenas dois resultados encaixados na categoria "outros".

**GRÁFICO 3:**
Pesquisa de Julgados nos Tribunais de Justiça dos Estados

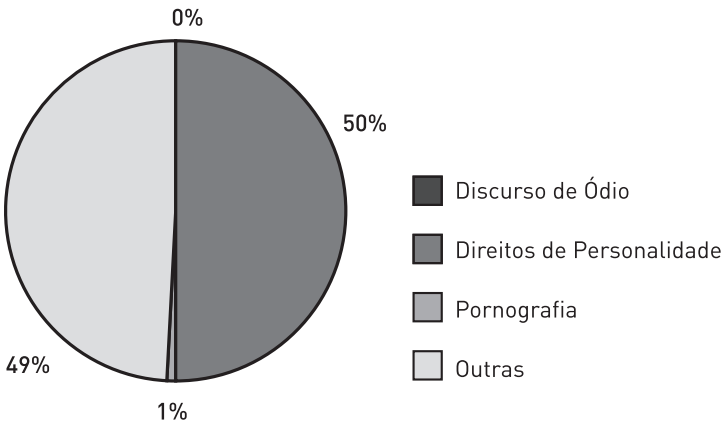
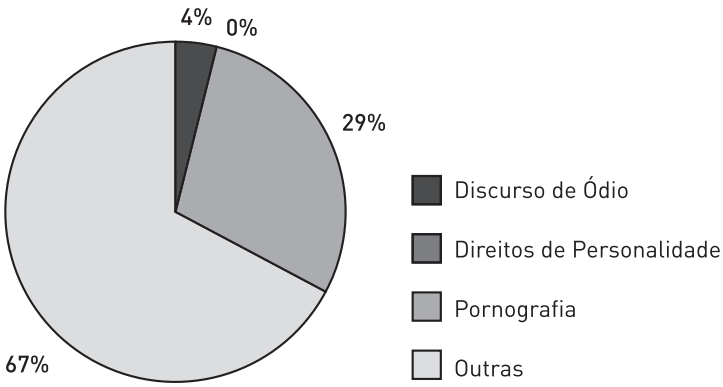



**GRÁFICO 4:**
Pesquisa de Julgados nos Tribunais Regionais Federais




A pesquisa de dados demonstrou que, de fato, o Poder Judiciário brasileiro já começa a enfrentar a matéria objeto deste artigo, os discursos de ódio presentes em

redes como o Orkut. Sobre as razões para o escasso número de resultados é possível levantar algumas hipóteses: (a) a possibilidade de resolução dos casos em primeira instância, decisões que não foram objeto dessa pesquisa; (b) a ainda persistente noção entre os usuários de que a internet é um território não subordinado às normatizações nacionais. Pode-se também considerar que os poucos resultados se devam ao método de pesquisa, limitado a uma determinada rede social, deixando de fora uma vasta extensão de ciberespaço.

Após essas considerações, em que se verificou que o Poder Judiciário começa a enfrentar a questão do discurso de ódio *online*, faz-se necessário ir para o plano qualitativo da abordagem, isto é, saber *como* esse poder se posiciona sobre o assunto.

## 3 O TRATAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

Nesta seção procederemos à análise qualitativa de um julgado, com foco em uma única decisão dentre os seis resultados encontrados na pesquisa quantitativa. A jurisprudência objeto de exame, a apelação criminal 20050110767016APR, julgada pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), foi escolhida por simultaneamente atingir o mérito[5] e enfrentar a materialidade do caso estudado: o discurso de ódio divulgado por rede virtual.[6]

Antes, porém, recordemos que a última instância da jurisdição brasileira, o Supremo Tribunal Federal (STF), já julgou no ano de 2003 um emblemático caso envolvendo discurso de ódio, conceito de raça e conflito entre princípios, no *Habeas Corpus* (*HC*) 82.424-2. Embora esse julgado não trate da disseminação de discursos de ódio na internet, nele consta o entendimento da Corte Suprema do Brasil acerca de tais conteúdos nocivos, entendimento que pode ser (e mais adiante se verá que concretamente é) utilizado como precedente quando da análise do tema no ambiente virtual.

### 3.1 *Habeas Corpus* 82.424-2: O entendimento do Supremo Tribunal Federal

Como paciente do *HC* 82.424-2, figurou o escritor e sócio da empresa Revisão Editora Ltda., Siegfried Ellwanger, acusado do crime de racismo (art. 20 da Lei de Crimes Raciais, n. 7.716/89, com redação dada pela Lei 8.081/90) por ter sido autor de obras literárias com conteúdo antissemita, racista e discriminatório. Ele foi absolvido em primeira instância e condenado em segunda, pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Por ocasião da decisão negativa em segunda instância, a defesa impetrou *Habeas Corpus* no Superior Tribunal de Justiça, onde, por decisão majoritária de sua 5ª Turma, o pedido foi denegado. Em 12 de setembro de 2002, sustentando a tese da prescritibilidade do crime praticado, foi impetrado novo *HC*, dessa vez no Supremo Tribunal Federal. Uma vez iniciado o julgamento, o STF decidiu pelo indeferimento da petição de *HC* em 17 de setembro de 2003.

De acordo com os argumentos da defesa de Siegfried Ellwanger, os judeus não constituiriam uma raça e sim um povo, fato que levaria à não incidência da conduta do paciente no crime de racismo, que, de acordo com o artigo 5º, inciso XLII, da Constituição Federal, é imprescritível e inafiançável. Mesmo admitindo que as manifestações do paciente possuíssem caráter discriminatório, a defesa trouxe à discussão o conceito de raça e o não enquadramento do povo judeu neste, buscando a declaração da prescrição do crime.

O *HC* 82.424-2 foi a fonte da qual surgiram assuntos de real importância, que necessitavam de discussão pelo Poder Judiciário. Dentre eles, a extensão do conceito de raça e a forma como se deve proceder frente a um conflito entre normas, nominadamente, entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

Com relação à matéria suscitada pela defesa, o STF entendeu que o termo raça subsiste, embora não mais do ponto de vista biológico, devido à descoberta do genoma humano e à comprovação de que todos os seres humanos são biologicamente iguais. Na realidade, as raças permanecem como construções socioculturais que remetem a grupos de pessoas que partilham de uma herança cultural, religião, tradições comuns, enfim, de uma mesma identidade étnica. Daí é possível inferir que o crime de racismo, em sua acepção contemporânea, envolve "a perseguição a qualquer grupo étnico, religioso, cultural, social ou de gênero" (Meyer-Pflug, 2009, p. 204). Consoante esse viés foi o juízo do Ministro relator, Maurício Corrêa, segundo o qual, mesmo que cientificamente não se verifique a existência de divisões raciais, o racismo persiste como fenômeno decorrente de uma perspectiva histórica, política e social, sendo essa a concepção que deve ser utilizada juridicamente.

Sobre a colisão entre o direito à liberdade de expressão e o princípio da dignidade da pessoa, a maioria dos ministros do STF se posicionou a favor do entendimento de que, embora seja um "direito individual que cada cidadão possui de expressar suas ideias sejam elas quais forem, sem sofrer qualquer restrição ou ameaça por parte do Estado ou da sociedade" (Meyer-Pflug, 2009, p. 209), a liberdade de expressão não é um direito absoluto.

De acordo com o Ministro Gilmar Mendes, existem outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como o pluralismo social e o respeito ao ser humano em seu valor intrínseco – a dimensão intersubjetiva da dignidade, conforme Sarlet –, que restariam sacrificados na hipótese de se dar uma amplitude irrestrita ao direito de cada cidadão de expressar o que bem entender. Assim, utilizando-se a teoria da proporcionalidade de Robert Alexy, que visa conciliar normas aparentemente divergentes, por convencimento majoritário dos ministros, decidiu-se pela limitação da liberdade de expressão em favor do princípio da dignidade da pessoa humana.[7]

A prevalecência desse princípio justificou-se pela dignidade humana servir de fundamento ao Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF), figurando como o valor mais condizente com os fins almejados pela Constituição Federal, dentre os

quais, aqueles listados no artigo 3º.[8] Essa fundamentação do STF não implica, entretanto, que a dignidade da pessoa humana exista apenas onde e à medida que é reconhecida pelo Direito. Na realidade, o reconhecimento jurídico é relevante, não para a existência, mas para a efetiva realização e proteção da dignidade da pessoa humana (Sarlet, 2011, p. 82).

Ainda, não se quis com isso dizer que a liberdade de expressão é dispensável ou de pouca importância para a construção de uma sociedade democrática, "livre, justa e solidária" (art. 3º, I, CF). Não há como negar sua relevância como instrumental ao debate e à formação de opinião em uma democracia. Conforme o entendimento dominante do STF, apenas será restringido seu uso abusivo, em desrespeito à alteridade e a princípios como a igualdade e a tolerância diretamente vinculados à dignidade da pessoa humana. Tratou-se, em suma, de afirmar que o cidadão é livre para expressar suas ideias, não sendo a ele facultada, entretanto, sob esse fundamento, a prática de ilícitos ou de qualquer outra forma de violação a direitos e garantias fundamentais inscritos na Lei Maior.

A decisão de indeferimento proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do *Habeas Corpus* 82.424-2 trouxe à luz o tratamento constitucionalmente adequado a ser conferido a discursos de intolerância. É possível dizer que a prolatação dessa sentença e as percepções dela advindas, embora haja entendimentos divergentes, significam certa segurança jurídica e um importante precedente a ser utilizado pelos magistrados das demais instâncias, quando do surgimento de novos casos relativos a discursos de ódio. Resta saber *se* e *como* tal interpretação se estenderá aos discursos veiculados pelo meio virtual.

### 3.2 O entendimento do Tribunal de Justiça do Distrito Federal

Após a exposição de como o Supremo Tribunal Federal, corte que orienta as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, percebe a questão do discurso de ódio, partir-se-á para a análise do caso que, em nossa pesquisa, considerou-se emblemático no que concerne ao tratamento judicial conferido ao este tipo de discurso propagado no ciberespaço. Trata-se da apelação 20050110767016APR, julgada pela 2ª Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal em 2011.

Em setembro de 2009, o TJDF decidiu recurso interposto pelo Ministério Público (MP) contra sentença que absolveu Marcelo Valle Silveira Mello do crime de racismo. Segundo o relatório, o réu, ao fazer críticas ao sistema de cotas adotado pela Universidade de Brasília, teria publicado no Orkut textos com conteúdo explicitamente ofensivo a pessoas negras, referindo-se a elas como "burros, macacos subdesenvolvidos, ladrões, vagabundos, pobres", entre outras denominações pejorativas. A sentença de primeira instância julgou improcedente a pretensão punitiva do Estado, absolvendo o réu e alegando não constituir infração penal o fato a ele imputado (art. 386, III, do Código de Processo Penal). Frente a essa decisão, o

MP prontamente interpôs um recurso de apelação, arguindo que a conduta de Marcelo caracterizaria o crime de discriminação da raça negra através de meios de comunicação social, com fulcro no artigo 20, §2º, da Lei n. 7.716/89.

Em sua fundamentação, o MP ressaltou que a juíza de primeira instância desviou sua atenção da conduta racista do apelado para sua personalidade, atendo-se ao fato de este ter ficado órfão de pai em tenra idade, haver sido criado por mãe mentalmente desequilibrada e ser portador de distúrbio mental. Munido de laudo de exame psiquiátrico, o MP apontou que todas essas contingências não comprometeriam a capacidade de entendimento de Marcelo Mello, apenas sua capacidade de determinação, sendo caso de semi-imputabilidade e, portanto, de penalização, ainda que de tempo reduzido (art. 26, parágrafo único, do Código Penal). Afirmou, ainda, que o apelado tinha plena consciência do que fazia e, dado o uso reiterado de adjetivos negativos, teria agido com dolo direto de discriminar a coletividade negra.

Em resposta, a defesa de Marcelo Mello alegou a atipicidade da conduta, pela não demonstração do elemento subjetivo, o dolo. Assinalou o teor puramente crítico das manifestações publicadas no Orkut acerca do sistema de cotas. Ademais, assegurou que as menções ao critério racial fulcraram-se em mero *animus jocandi*, tendo-se tornado mais agressivas por ter o apelado de defender-se de provocações ulteriores provindas de outros internautas.

Ponderadas essas circunstâncias e argumentações, o juiz relator do acórdão, o Desembargador Roberval Casemiro Belinati, decidiu por dar razão ao MP, enquadrando a conduta de Marcelo Mello no crime de racismo. Essa decisão baseou-se essencialmente na análise das colocações virtuais do réu que, embora tivessem como objetivo inicial criticar o sistema de cotas universitárias, ao ver do juiz, foram desvirtuadas em manifestações livres e conscientes de preconceito contra o negro e sua cultura. A sentença compartilhou o juízo do STF de que o direito à liberdade de expressão não abrange a prática de ilícitos ou de outras formas de violação à dignidade da pessoa humana. De maneira a elucidar tal entendimento, faz-se útil a reprodução e comentário de alguns trechos do discurso online de Marcelo contidos no processo. No contexto da política de cotas, o apelado repetidamente tratou o negro como inferior ao branco, do ponto de vista intelectual:

> … infelizmente em universidade pública não dá camarada, pra branco passar precisa tirar 200, e pros macacos passarem eh soh tirar – [*menos*] 200 (…) esses pretos vão eh estragar a universidade pública mais do que já estragaram… não sabem nem escrever… (…) agora vem com esse negócio de cotas.. quer dizer que agora vcs querem justificar a cor pra culpar a gente do fracasso de vcs.

Fez o mesmo comparativo, pelo viés cultural:

> Os caras [*os adeptos do nazismo*] pelo menos pagam pau pros europeus que são uma das nações mais desenvolvidas do mundo e Adolf Hitler, que sem dúvida foi um grande homem pra história e pro seu país pq queiram ou não, o cara tirou a Alemanha da miséria. E vcs [*negros*], ficam aí pagando pau da África, aquele bando de macacos subdesenvolvidos, querendo atribuir valor a essa "cultura" negra que só tem músicas sem sentido e toscas que não fazem mais que promover orgias sexuais.

E logo passou a agressões gratuitas, sem qualquer conexão com o assunto das cotas universitárias, referindo-se ao negro como criminoso e passivo de outras analogias degradantes:

> … até me dá vontade de virar um *skin-head* também (…) só acho que eles [*skin-heads*] tão perdendo tempo pq vcs macacos vão acabar na prisão mesmo (…) preto no céu é urubu, preto correndo é ladrão, preto parado é bosta. Qual a diferença entre o preto e o câncer (?) R: o câncer evolui! (…) vou jogar a real pra vcs, seus macacos burros (…) vão estudar sua cambada de vagabundo (…) já não basta preto roubando dinheiro (…) agora ele também rouba vaga nas universidades (…) o que mais vai roubar depois?

O teor grosseiro dessas colocações demonstra a dupla face do discurso de ódio: o insulto e a incitação. No que tange ao insulto, está claro que Marcelo Mello despiu completamente a coletividade negra de sua dignidade, começando pela maneira como se refere a eles: "macacos". Não reconheceu o negro como sujeito igual a ele. Subestimou sua capacidade intelectual, tratando-o como analfabeto ou, no mínimo, intelectualmente menos capaz que o branco. Desrespeitou a cultura negra, referindo-se a ela como algo puramente animalesco, de menor valor, se comparada à europeia. Desses elementos tem-se a discriminação.

Do ponto de vista da incitação, percebe-se que Marcelo Mello utilizou certa *lógica persuasiva* (deturpada, mas ainda assim, lógica) em suas estruturas discursivas. Baseando-se no tema das cotas em universidades públicas, Marcelo construiu uma situação de antagonismo entre o negro, considerado "ladrão de vagas universitárias", ingressante sem qualquer mérito ou capacidade, e o branco, vítima das novas medidas de ingresso, que deve sempre contar com seus próprios e esmerados esforços para atingir o ensino superior.

Essa forma de raciocínio é propícia para a angariação de seguidores, pois a imagem de um opositor claro facilita a identificação das pessoas com uma causa ou movimento (Brown, 1971, p. 81ss.). Ademais, a fim de fomentar sua tese, Marcelo fez uso de estereótipos ("músicas toscas e sem sentido"), substituiu nomes de forma

pejorativa ("macacos subdesenvolvidos, pretos") e repete diversas vezes as mesmas premissas (a analogia entre negros e criminosos, p.ex.). A esses fatores somam-se os recorrentes apelos emocionais em seu discurso, apelos sem qualquer justificativa lógica para a temática das cotas universitárias ("preto no céu é urubu"), mas relevantes no sentido de despertar simpatia. Todos esses elementos, destacados da fala de Marcelo Mello, contribuem para infirmar a tese de sua defesa, pois a racionalidade lógica utilizada pelo internauta, apesar de ser discriminatória e, por conseguinte, reprovável, demonstra que o autor das ofensas detinha capacidade argumentativa, valendo-se dos recursos linguísticos necessários para que seu discurso angariasse simpatia e seguidores.

Em sua conclusão pela incidência da conduta do apelado no crime previsto pelo artigo 20, §2º, da Lei 7.716/89, tendo analisado o *fato*, a publicação por Marcelo Mello de comentários inferiorizadores da raça negra através da internet, e o *elemento subjetivo*, indicado como *dolo*, dada a estruturação lógica e intencional das manifestações, o juiz relator apoiou-se, por fim, no precedente do STF relativo a discursos de ódio, o *HC* 82.424-2. Segundo o Desembargador Roberval Casemiro Belinati, o discurso discriminatório de Marcelo não está protegido pela liberdade de expressão (art. 5º, IV, CF), pois tal direito deve ser exercido de forma harmônica, não abrigando a prática de condutas criminosas. Excessos ao direito de livre manifestação do pensamento serão passíveis de responsabilização civil e penal, posto que a Constituição Federal apresenta expressa vedação ao racismo (art. 5º, XLII, CF) e tem como fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF). Subjaz a esse entendimento, ademais do valor de cada pessoa por sua qualidade intrínseca de ser humano – dimensão ontológica da dignidade –, o dever geral de respeito exigido por conta desse atributo – dimensão intersubjetiva da dignidade –, não sendo toleradas quaisquer ações que, sob o estandarte da liberdade de expressão, impliquem a desvalorização de determinado grupo social.

### 3.3 Breves notas comparativas entre os dois julgados

Feita a exposição dos julgados, o *HC* 82.424-2 e o recurso ao TJDF, e a partir da análise das sentenças prolatadas pelo Poder Judiciário, faz-se possível traçar um comparativo entre as circunstâncias de cada caso e as peculiaridades das decisões.

Com relação ao *HC* 82.424-2, julgado pelo STF, a decisão deu-se a favor da restrição à liberdade de expressão, caracterizando a conduta do agente como discurso de ódio. Devido à pluralidade de opiniões sobre o assunto, o posicionamento emitido pelo STF deu ensejo a fortes discussões sobre o alcance da liberdade de expressão, a abrangência do conceito de raça e a fidelidade ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O fator que instigou a existência de várias opiniões referentes a esse julgamento foi o fato de Siegfried Ellwanger ter usado livros como meio de expor suas ideias. De acordo com Michel Rosenfeld, o impacto gerado pelo discurso de ódio depende

essencialmente do meio de comunicação utilizado (Rosenfeld, 2001, p. 50). Por esse viés, sendo o livro um meio que permite ao leitor optar conhecer ou não um assunto, é passível de aceitação (ou, no mínimo, ponderação) o entendimento de que os conteúdos apresentados pelo escritor se enquadrariam como livre expressão do pensamento.[9] Entretanto, conforme já foi referido, o STF optou por juízo diverso, conforme as decisões das cortes constitucionais de países europeus e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, inclinando-se a considerar que o problema reside não no meio utilizado, mas sim na divulgação em si de conteúdo com o escopo de atingir determinado grupo social.

Essa possibilidade alternativa de raciocínio encontra uma dificuldade consideravelmente maior de manter-se no caso do recurso julgado pelo TJDF. As mensagens veiculadas por Marcelo Mello são insultos explícitos, não se cobrem da linguagem própria dos livros. Por ferir a dignidade do grupo-alvo de forma crua e grosseira, o abuso à liberdade de expressão é imediatamente reconhecível. Ademais, as manifestações do réu se propagaram através do espaço virtual, na rede social de relacionamento Orkut. Essa circunstância, conforme o raciocínio de Rosenfeld, torna tanto mais gravosa a conduta do agente, pois o meio utilizado, a internet, propicia o acesso de um largo escopo de pessoas às mensagens, muitas vezes sem que elas possam decidir se desejam ou não tomar conhecimento de seus conteúdos. Tais contingências tornam o caso de Marcelo Mello uma extrapolação escancarada à liberdade de expressão, dando ínfima margem para deliberação em contrário.

Apresentados os casos concretos e feitas as considerações, pode-se inferir que o Poder Judiciário Brasileiro vem tratando os discursos de intolerância, manifestos ou não no ambiente virtual, de maneira repressiva. As decisões tomadas deram-se pela limitação do alcance da liberdade de expressão em favor da dignidade da pessoa humana, demonstrando a dimensão negativa, defensiva, desse atributo. Tal prevalência se deu pelo caráter fundamental da dignidade, por esta traduzir-se em um princípio que, segundo Giorgi, "ilumina todos os outros princípios e normas do nosso ordenamento" (2007, p. 262).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se propôs a verificar *se* e *como* o Poder Judiciário brasileiro trata as demandas sobre discurso de ódio exposto em redes sociais do meio virtual. Ao longo da pesquisa, foi construída uma conceituação satisfatória para este tipo de discurso, houve a obtenção de dados quantitativos relativos a processos nos tribunais e foram alcançados resultados passíveis de uma análise aprofundada. Entretanto, longe de essas etapas mostrarem respostas inquestionáveis e definitivas, na realidade, ensejaram mais perguntas, mais pontos a serem explorados sobre discurso de ódio, sociedade e Direito.

De fato, a pesquisa quantitativa realizada revelou que o Poder Judiciário recebe processos relativos a discurso de ódio *online*. No entanto, os números são ínfimos se comparados com os de outras espécies de demanda ou com a incidência de denúncias a esse tipo de conduta. Qual é a causa dessa discrepância? Resolução das causas em primeira instância ou através de meios extraprocessuais? Persistência da percepção, derivada do senso comum, de que a internet está fora dos limites da lei, adiantando muito pouco recorrer ao Poder Judiciário? Consideração de que a violência e a depreciação a grupos sociais são, contemporaneamente, atos banais, "naturais"?

Os julgados analisados revelaram o caráter não absoluto da liberdade de expressão, direito que não pode servir de suporte para o cometimento de violações, a fim de que se resguarde o princípio da dignidade da pessoa humana. Em ambos os casos, houve incidência da Lei n. 7.716/89, que confere caráter de ilicitude aos discursos de ódio embasados nos critérios arrolados no artigo 20, quais sejam, raça, cor, etnia, religião e procedência nacional. Restam algumas questões. Qual é o procedimento a ser adotado para situações em que se consumar discriminação por outro critério? Como se trata o discurso odiento de gênero? E a idosos? E aquele proferido contra homossexuais? Visto que não há lei ordinária regulamentando a matéria, são aplicados diretamente os dispositivos constitucionais? Ademais, aquilo que faticamente se percebeu e analisou foi o tratamento conferido aos *emissores* do discurso de ódio, não ao discurso em si, e tampouco se identificou qualquer preocupação com a vítima, quer na sua forma individual, quer se adote o conceito de vitimização difusa.

Por certo que da maneira como foram tratados os agentes se depreende o posicionamento repressivo do Poder Judiciário, quanto a esse tipo de manifestação. Entretanto, o que é efetivamente feito do discurso? O livro de Siegfried Ellwanger continua em circulação? As páginas virtuais em que Marcelo Mello se exaltou permanecem no ar? A supressão desses conteúdos é viável? Essas são algumas das interrogações que restam sem resposta.

É notável o quanto se falou ao longo deste trabalho sobre dignidade da pessoa humana. Contudo, essencialmente em sua dimensão negativa, com vistas à restrição de outros direitos cujo abuso poderia colocá-la a perigo. Faz-se necessário lembrar que a proteção a esse princípio também possui sua dimensão positiva, promotora de direitos, que é de igual valia (senão maior) para o combate ao discurso de ódio. Dado que o preconceito nasce da ignorância, para enfrentá-lo deve-se usar da troca de conhecimentos, do diálogo entre culturas. O branco necessita conhecer a cultura do negro. O árabe deve tentar compreender os costumes do judeu. Em sua diversidade, o homem precisa entender que não há hierarquias. Cada indivíduo, em suas peculiaridades, em sua pertença a determinado grupo, possui tanto valor quanto outro indivíduo oriundo de diferentes contingências. Daí surge a necessidade de adoção de políticas pluralistas, promotoras da interculturalidade, podendo-se para tal aproveitar inclusive o grande potencial difusor das mídias cibernéticas. Deve-se ter em mente

que a mera sanção ao emissor do discurso discriminatório não muda suas ideias, não o impede de voltar a propagá-las. Aquilo que de fato torna um ambiente, real ou virtual, mais digno e saudável é o reconhecimento social de que o outro, a alteridade, tem valor e deve, portanto, ser respeitado.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 11/07/2011*

NOTAS

**1** Essa paráfrase remete ao seguinte trecho: "*in the opinion of one group in the community, members of another group are not worthy of equal citizenship*" (Waldron, 2010, p. 1601).

**2** Essa classificação em espécies de conteúdo advém da proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho 2008/0047 (COD), que estabelece um programa comunitário plurianual para a proteção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações. Sua Exposição de Motivos explica a distinção entre os conteúdos ilícito e prejudicial: "Aquilo que se considera *ilícito* varia de país para país, sendo definido pela legislação nacional aplicável e sendo objecto da acção [*sic*] das forças policiais e judiciais e de outros organismos públicos. (...) *Conteúdos prejudiciais* são conteúdos que pais, professores e outros adultos consideram serem [*sic*] prejudiciais para as crianças. A sua definição varia com os países e as culturas, podendo ir da pornografia e da violência ao racismo, à xenofobia, ao ódio no discurso e na música e a sítios que fomentam a automutilação, a anorexia e o suicídio. (...) Os Estados-membros diferem no grau de sensibilidade (...) e na gravidade atribuída à exposição das crianças a conteúdos potencialmente prejudiciais. (...) Existem vários meios *para lidar com os conteúdos prejudiciais* (...) são exemplos o controlo [*sic*] da efectiva aplicação das disposições jurídicas, a autorregulação, as ferramentas de controlo [*sic*] parental e as acções [*sic*] de sensibilização e educação." (União Europeia, 2010, p. 4).

**3** De acordo com dados da organização não governamental SaferNet Brasil, comparando-se o mês de junho de 2006 com seu correspondente em 2010, o número de denúncias acerca de discursos de ódio em redes virtuais de relacionamento, como o Orkut, aumentou quase 92%. Essa porcentagem foi inferida de tabelas de denúncias realizadas no próprio site da ONG (Safernet, 2010).

**4** Na categoria "pornografia" estão incluídas, além da publicação e divulgação de imagens pornográficas de pessoas maiores de 18 anos, também situações de pedofilia.

**5** Dos seis julgados sobre discursos de ódio *online* encontrados em nossa pesquisa, quatro não analisaram o mérito, atendo-se a meras pendências processuais. Essas discussões de caráter processual abordaram, sobretudo, conflitos de competência para julgamento das causas. É possível explicar a recorrência desses conflitos pela peculiar característica espacial da rede, sua desterritorialização. Para o Direito, acostumado com noções fixas e delimitadas de espaço, surge uma inesperada dificuldade de se identificar o local de consumação de condutas ensejadoras do litígio, critério imprescindível para o julgamento da lide. De acordo com o art. 109, inciso V, da Constituição Federal, se o ato danoso realizou-se no exterior (internacionalidade da conduta), incide a competência da Justiça Federal. Já se a conduta se manteve nos limites nacionais, compete à Justiça Estadual julgá-la. Entretanto essas delimitações se tornam fluídas no ambiente virtual. Até que ponto se pode dizer que uma informação se propagou em âmbito nacional se a internet é uma rede de acesso em escala mundial? Ademais desse ponto, encontrou-se nos referidos resultados discussões de competência envolvendo os institutos da conexão e prevenção.

**6** Dentre os julgados classificados como decisões que atingiram o mérito, o *HC* 990.09.328412-0, apreciado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, não será analisado, por apresentar pouca relevância para este trabalho. Mesmo sendo efetuada a análise do pedido pelo magistrado, não há deliberações diretas acerca do tratamento a ser conferido a discursos incitadores de práticas discriminatórias. O juiz limita-se a realizar subsunções normativas com vistas à concessão ou não do instituto de *Habeas Corpus*.

**7** De encontro à posição adotada pela maioria dos membros da Suprema Corte brasileira, os ministros vencidos entenderam que restrições à liberdade de expressão apenas são possíveis em casos especialíssimos, em que a opinião manifestada seja excessivamente discriminatória, fisicamente contundente ou capaz de expor pessoas a situação de risco iminente, e em tais situações não se enquadraria o caso analisado. Para o Ministro Marco Aurélio de Mello, a liberdade de expressão é um dos pilares da democracia, e como tal, qualquer forma de proibição a ela pode ser equiparada à censura, nociva ao próprio cerne do Estado democrático. Interessante também sua posição quanto à criminalização de práticas discriminatórias e sua correspondência a valores sociais, quando diz que "como o Brasil não possui uma história de antissemitismo, não há sentido em criminalizar a conduta do paciente" (Brasil, 2011, p. 857ss.).

**8** "Art. 3 º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (Brasil, 2010a).

**9** Esse entendimento é encontrado em Meyer-Pflug (2009, p. 208): "O livro não é algo imposto ao cidadão, é necessária uma predisposição para a leitura de uma obra, diferentemente do que ocorre no caso da distribuição de panfletos. No caso dos panfletos tem-se que a finalidade única de sua distribuição é a de fomentar o racismo e suas práticas, ou seja, o objetivo daquela manifestação não é outro senão a de gerar uma ação concreta ilegal".

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 out. 1998. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 10 out. 2010a.

_____. Lei n. 7.716, de 5 jan. 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/L7716.htm. Acesso em: 12 nov. 2010b.

_____. Pesquisa sobre o uso das Tecnologias da Informação e da Comunicação no Brasil: TIC Domicílios e Usuários 2009 – Área Urbana. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2010. Disponível em: www.cetic.br/usuarios/tic/2009/index.htm. Acesso em: 13 nov. 2010c.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus*. Publicação de livros: antissemitismo. Racismo. Crime imprescritível. Conceituação. Abrangência constitucional. Liberdade de expressão. Limites. Ordem denegada. *Habeas corpus* 82.424-2. Relator: Min. Moreira Alves. Data do julgamento: 17/09/2003. DJ 19/03/2004. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052. Acesso em: 18 nov. 2011.

BROWN, J. A. C. Técnicas de Persuasão – Da propaganda à lavagem cerebral. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1971.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. *Revista de Direito Público*, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. 2ª Turma Criminal. Apelação criminal interposta pelo Ministério Público contra sentença que absolveu o réu do crime de racismo praticado no "Orkut", *site* de relacionamentos da internet, art. 20, §2º, Lei 7.716/1989. Autoria, materialidade, adequação típica e elemento subjetivo comprovados. Sentença reformada. Condenação imposta. Réu semi-imputável. Continuidade delitiva. Pena privativa de liberdade substituída por restritivas de direito. Recurso conhecido e parcialmente provido. Apelação N. 20050110767016APR. Relator: Roberval Casemiro Belinati. Data do julgamento: 03/09/2009. DJ 17/11/2009. Disponível

em: http://tjdf19.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?DOCNUM=2&PGATU=1&l=20&ID=62413,77380,18668&MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=jrhtm03&OPT=&ORIGEM=INTER. Acesso em: 18 nov. 2011.

GIORGI, Tânia Giandoni Wolkoff. Princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 15, n. 59, abr./jun. 2007.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de Expressão e Discurso de Ódio. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

ORKUT. Dados Demográficos. Disponível em: www.orkut.com.br/Main#MembersAll.aspx. Acesso em: 11 out. 2010a.

_____. Alcance o seu público-alvo em um dos sites mais visitados do Brasil... Disponível em: www.orkut.com/html/advertise/BR/overview.html. Acesso em: 13 nov. 2010b.

PINHEIRO, Patricia Peck. Direito Digital. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROSENVELD, Michel. Hate speech in constitutional law jurisprudence: a comparative analysis. *Working Papers Series* 41, 2001.

SAFERNET. Indicadores. Disponível em: www.safernet.org.br/site/indicadores. Acesso em: 12 out. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Proposta de decisão do Parlamento Europeu e do Conselho, 27 fev. 2008, que estabelece um programa comunitário plurianual para a protecção das crianças que utilizam a internet e outras tecnologias das comunicações. Disponível em: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0106:FIN:PT:PDF. Acesso em: 12 nov. 2010.

WALDRON, Jeremy. Dignity and Defamation: the Visibility of Hate. *Harvard Law Review*, v.123, n.1596 (2010), p. 1597-1657.

*Rosane Leal da Silva*

Professora adjunta do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Coordenadora do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*rolealdasilva@gmail.com*

*Andressa Nichel*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*dessanichel@gmail.com*

*Anna Clara Lehmann Martins*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*laclaramartins@gmail.com*

*Carlise Kolbe Borchardt*

Acadêmica do 5º semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM)
Integrante do Núcleo de Direito Informacional (NUDI), UFSM

Rua Marechal Floriano Peixoto, n. 1184, sala 105
Núcleo de Direito Informacional (UFSM) - 97015-372
Santa Maria – RS – Brasil
*carlise_kbl@hotmail.com*

# POPULAÇÃO CARCERÁRIA INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CASO DO MUNICÍPIO DE DOURADOS, MS

*Rosely Aparecida Stefanes Pacheco, Rafael Clemente Oliveira do Prado e Ezequias Vergilio Kadwéu*

*FOR A RIGHT TO DIFFERENCE: CRIMINAL AND LEGAL SITUATION OF INDIGENOUS PRISONERS IN DOURADOS, MS*

**RESUMO**

Este artigo tem entre seus objetivos lançar uma análise reflexiva sobre a situação dos detentos indígenas no município de Dourados, Estado de Mato Grosso do Sul. Destaca-se que o problema teórico se embasa no fato de que, apesar de existirem inúmeros textos legais, pactos, protocolos, declarações e afins, tanto de caráter nacional quanto internacional, para a proteção dos direitos dos povos indígenas, verificam-se constantes violações a esses direitos que fazem parte da universalidade dos direitos humanos. Portanto, surgem questionamentos: Qual será a lacuna que impede a devida implementação dos direitos dos povos indígenas entre a população carcerária indígena no Estado do Mato Grosso do Sul? Para a construção deste texto recorremos aos aportes de várias disciplinas, tais como: direito constitucional, penal, internacional e direitos humanos, por estarem intimamente interconectados com a proteção dos direitos dos povos indígenas. O direito aqui abordado será por meio de uma perspectiva interdisciplinar diante das várias áreas do conhecimento, com o intuito de que se possa avançar na compreensão dessa temática, fazendo uma menção especial à antropologia jurídica. O método adotado foi o descritivo-analítico, aplicando-se a análise documental e bibliográfica ao caso concreto. Além do que nos valemos de estudos de casos, conforme nos propõe a etnografia e a prática jurídica local, quando se trata de estudar culturas diversas.

**PALAVRAS-CHAVE**

Diversidade; Povos indígenas; Política carcerária; Direitos humanos, Mato Grosso do Sul.

***ABSTRACT***

*This work has among its objectives to launch a reflective analysis on the situation of indigenous prisoners in Dourados, State of Mato Grosso do Sul, Brazil. It is noteworthy that the theoretical problem is based on the fact that, although there are numerous legal texts, pacts, protocols, and similar statements, both national, and international, to protect the rights of indigenous peoples, there are constants violations of those rights that belong to the universality of human rights. Therefore, questions arise such as: What is the gap that prevents the proper implementation of the rights of indigenous peoples from the indigenous prison population in the State of Mato Grosso do Sul? For the construction of this text appealed to contributions from various disciplines such as constitutional law, criminal law, international law and human rights, because they are closely interconnected with the protection of the rights of indigenous peoples. The rights addressed here, is by means of an interdisciplinary perspective on the various areas of knowledge, aiming to make progress in understanding this issue, making a special reference to the legal anthropology. The method used, was the descriptive-analytical method, applying the documentary analysis and literature to the case. Apart from that we use case studies, as proposed in ethnography and local legal practice, when it comes to studying diverse cultures.*

***KEYWORDS***

*Diversity; Indigenous peoples; Prison policies; Human rights; State of Mato Grosso do Sul.*

LABACENIGI ANE GOGEGUI

Owiidi nigicoa, gonigenatakenigico, moko noika, pida agica daga odemitetigui. Jinataga, niginoa nokododi eliodi me jawikodega, legodi, agica analegaga noletogoloco, joanigidaa leegodi me eti godiboloitee. Ane lowoogo gobakedi, jemanaga, me idataweeke oiywogodi ane lawikodico nigina noikigui niwilogojegui. Jikenaga anodagee noigui gaiwá, nijolole ina guaraní, legodi, jiginagi minatga noigi, nigicoa niwilogojedi ane owiditiwaji. Nidagida me jabakenagateloco, lawikodigui, nigina nokigui ane diniwilo, jemanga me jikenaga, nigicoa gonigenatakenigico, anedaga onelogoitedogoa codaa anedaga odemitetigui, nigina me idatecibece me diniwilo noikigui.

NOTAGA ANE JIBAKENAGA

noika,gonigenatakegico, niwilogonagaxidi.

"As pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza."

*Boaventura de Sousa Santos*

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 dedicou um capítulo específico de direitos aos povos indígenas (Cap. VIII – Dos Índios), reconhecendo sua diversidade cultural e sua forma de organização, deixando claro não apenas o respeito, mas também a especificidade das questões relacionadas a esses povos no território brasileiro. Esse tratamento especial que a Constituição Federal de 1988 consagrou aos povos indígenas é resultado de amplo acordo político que envolveu partidos políticos, segmentos da sociedade civil, bem como movimentos apoiadores interessados na questão indígena durante a Assembleia Nacional Constituinte, possibilitando um incremento da proteção dos direitos humanos e mais especificamente da proteção dos direitos dos povos indígenas no Brasil.

O presente trabalho tem entre seus objetivos levar ao conhecimento da sociedade, em especial à jurídica, às sérias violações que vem sofrendo os povos indígenas no que diz respeito a seus direitos e garantias constitucionais e infraconstitucionais. Para tanto, utilizaremos um estudo de caso sobre a população carcerária indígena do Município de Dourados, MS. A escolha desse município deve-se ao fato de que se localiza nessa região uma das aldeias mais densamente povoadas do Brasil, a Aldeia Jaguapiru, que abriga a maior população carcerária indígena do país.

Sabe-se que os povos indígenas estão divididos em várias etnias, que se diferenciam por culturas, línguas e organizações sociais e políticas. No entanto, toda essa sociedade indígena tem em comum uma história de exploração econômica, social e cultural. Atualmente existem no Brasil 236 povos, falantes de mais de 180 línguas

diferentes. Os povos indígenas somam, segundo o Censo IBGE 2010, 817.963 pessoas. Destas, 315.180 vivem em cidades e 502.783, em áreas rurais; isso corresponde aproximadamente a 0,42% da população total do País. A maior parte dessa população distribui-se por milhares de aldeias, situadas no interior de 673 terras indígenas de norte a sul do território nacional. Os indígenas, perfazem cerca de 0,25% da população brasileira[1] e o Estado de Mato Grosso do Sul, por sua vez, possui a segunda maior população indígena do país.

Durante o processo da formação da Nação brasileira, a história nos aponta que se ensaiava um discurso de proteção aos direitos indígenas que se repetiria inocuamente em inúmeras leis, cartas, decretos e alvarás, durante todo o período colonial, monárquico e republicano. Entretanto, a situação somente começaria a mudar positivamente com a Constituição de 1988, passando-se do plano teórico à efetivação dos direitos indígenas. Desse modo, foram-se construindo institutos jurídicos que puderam enquadrar as populações indígenas distribuídas pelo território historicamente denominado brasileiro (Souza Filho, 1999).

Ao fazermos uma digressão histórica, percebemos que já no início do século XX o Brasil passou a ter uma ação governamental protecionista frente os seus povos indígenas, embasada em um pretexto assistencialista que apresenta restrições aos direitos civis dos indígenas, como bem se podia observar no artigo 6º do Código Civil[2] de 1916, que concedia aos povos indígenas, dito "silvícolas", a condição jurídica de relativamente incapazes para realizar certos atos da vida civil, sujeitando-os a um regime tutelar especial.

Pode-se dizer que as repúblicas latino-americanas de uma maneira geral, e particularmente o Brasil, erigiram-se assentadas sobre o mesmo substrato, reeditando a diferença racial que recebeu o nome de colonialismo interno. A ficção de um Estado homogêneo, contudo, se nota cada vez mais insustentável e, o que nos últimos anos se intenta cobrir com expressões de liberalismo jurídico, na realidade, é senão outra forma de seguir tentando anular o indígena através de uma "colonização jurídica" (Pacheco, 2006).

Diante de um cenário de desconsideração cultural e legal para com as populações indígenas, surge um quadro de destituição e de violência para com estes no Brasil, pois o Estado contemporâneo e seu direito vêm negando a possibilidade de convivência de sistemas jurídicos diferentes; como no caso o direito consuetudinário dos povos indígenas (direito indígena *per se*) e o direito nacional "não indígena", ou direito indigenista, elaborado pelo não índio, para o índio.

É importante levar em consideração que cada povo, etnia e comunidade indígena possui seu próprio direito consuetudinário, e muitas soluções e também lições podem ser retiradas daí, como a utilização de meios sancionadores próprios para infrações cometidas por um membro da comunidade. Como bem indica a Convenção n.169 da OIT,[3] de 1989, que enfatiza a garantia dos povos indígenas em conservar

sua cultura e seus costumes, e utilizar suas próprias instituições, inclusive jurídicas, de direito consuetudinário.[4]

Sendo assim, ao mesmo tempo em que a construção do direito pátrio manteve como inexistente qualquer manifestação jurídica das sociedades indígenas, foram sendo construídos institutos próprios para eles, cujo conjunto se convencionou chamar de direito indigenista, em detrimento do direito indígena, ou direito consuetudinário dos povos indígenas, como bem salienta Souza Filho (1992, p. 20). Infelizmente, é dentro dessa configuração que os povos indígenas se inserem, ainda que de forma coercitiva por parte do Poder Público, o qual, na maioria das vezes não está preparado para lidar com as especificidades dos povos indígenas.

## 1 PROTEÇÃO JURÍDICA DOS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

### 1.1 Normas nacionais de proteção dos direitos dos povos indígenas

#### 1.1.1 O novo paradigma trazido pela Constituição Federal de 5/10/1988

Conforme já registrado, com a vigência da Constituição Federal de 1988, os povos indígenas no Brasil tiveram restringidos seus direitos, pois não se permitia qualquer outro regime diferenciado que acolhesse a sua diversidade cultural. Nesse contexto, as entidades indígenas ficavam submetidas a um regime tutelar, pois o Estado tinha como intenção eliminar toda a diversidade que esses povos apresentavam por meio de sua assimilação e incorporação à sociedade nacional.[5]

Essa política indigenista foi articulada pelo então Serviço de Proteção ao Índio (SPI), criado em 1910 para regular a política referente a esses povos, os quais durante grande parte do século XX estiveram sob constante a ameaça de desaparecimento de suas culturas, pois eram coagidos a renunciar aos seus próprios costumes e se integrarem à comunhão nacional, ao *mainstream*. A perspectiva que se tinha à época era de que os povos indígenas possuíam o discernimento incompleto ou em fase de desenvolvimento, e não se respeitaria a forma diferenciada em que essas sociedades viviam.

Nesse sentido, pode-se dizer que a Constituição Federal de 1988 traz em seu Capítulo VIII, Título VII, a finalidade de transformar e reconhecer as sociedades indígenas e garantir-lhes o preceito constitucional como sujeitos do tratamento especial, como bem se pode verificar a seguir:

> A Constituição Federal de 1988 consolida o marco da mudança de paradigma na política indigenista oficial brasileira, fornecendo os elementos norteadores do respeito à diferença cultural dos povos. Dois artigos foram dedicados especificamente à determinação dos direitos

> indígenas: Art.231. São reconhecidos aos índios a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à união demarcá-las, e fazer respeitar todos os seus bens (CTI, 2008, p. 23).

Trata-se do reconhecimento à diferença, por meio do qual a cultura passa a integrar o patrimônio cultural brasileiro. A Constituição Federal de 1988 reconheceu também aos povos indígenas, sua organização social, seus costumes, línguas, crenças e tradições, delegando à União o dever de proteger e fazer respeitar todos esses bens (art. 231, *caput*).

Note-se, portanto, que o processo de erradicação e assimilação das culturas indígenas objetivados pelo Estado, não obteve êxito, pois as diversas etnias têm resistido de forma incansável, obtendo através da própria Constituição Federal de 1988 o reconhecimento de um modo de vida peculiar:

> À luz da Constituição em vigor, portanto, os povos indígenas deixaram de ser consideradas culturas em extinção, fadadas à incorporação na assim denominada comunhão nacional, nos moldes do que sempre fora o espírito a reger a legislação brasileira desde o início do processo de colonização em nosso país. Toda a legislação anterior continha referências expressas à integração ou à assimilação inevitável e, por outro lado, desejável dos índios pela sociedade brasileira. A nova mentalidade assegura espaço para uma interação entre os povos e a sociedade envolvente em condições de igualdade, pois que se funda na *garantia do direito à diferença* (Leitão, 1993, p. 228, grifo nosso).

É possível afirmar que a Constituição de 1988 consagrou os direitos dos índios e das comunidades indígenas, inclusive o direito à identidade cultural e o direito à ocupação permanente da terra e à exclusividade no uso de seus recursos e na exploração de suas riquezas. Do ponto de vista da garantia desses direitos, dois pontos merecem especial referência, e um deles foi a atribuição de competência à Justiça Federal para as questões que envolvam os direitos dos povos indígenas.[6]

Outra inovação importante que a Constituição Federal de 1988 trouxe foi a atribuição constitucional de competência ao Ministério Público Federal (MPF) para a defesa dos direitos dos índios. Segundo o artigo 129 da Constituição Federal, umas das funções do MPF "é defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas". Atualmente isso se vem dando pela atuação da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Dessa forma, a proteção à diversidade cultural dos povos indígenas, cujos valores passaram a ser objeto de tutela constitucional vem sendo efetivada no Brasil por esse órgão.

### 1.1.2 A Lei n. 6001/73, Estatuto do Índio

O Estatuto do Índio, por seu turno, é uma lei ordinária que tem por objetivo regulamentar a situação jurídica dos índios e das comunidades indígenas no Brasil; ele foi elaborado num momento em que o País era dominado por um regime autoritário que não permitia a participação dos diversos setores da sociedade civil na elaboração e na execução de suas políticas públicas oficiais.

A sua elaboração remonta quinze anos antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, e segue em vigor – não passou por nenhuma reforma ou revisão depois da promulgação da CF de 1988 –, mantendo em seu texto o mesmo pensamento tutelar e integracionista. O objetivo integracionista pode ser observado logo no seu primeiro artigo, quando se menciona: "Esta lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e *integrá-los, progressiva e harmoniosamente, á cultura nacional*" (grifo nosso).

Cabe ressaltar que ao tratar da Lei n. 6001/73 – Estatuto do Índio, está-se referindo ao que se convencionou chamar por alguns autores brasileiros, como Antunes (1998), Santos Filho (2005) e Barreto (2003), de direito indigenista.[7] De acordo com tais autores, trata-se de uma disciplina autônoma, um ramo do direito positivo, por se tratar de um sistema positivado de normas postas em favor dos índios e suas comunidades, considerando a Constituição Federal de 1988 o marco legal em relação aos direitos desses povos.

Entendemos, entretanto, que o direito indigenista não pode mais ser o resultado do simples processo legislativo nacional, feito de fora para dentro pela sociedade abrangente, sem se dar ouvidos aos anseios, às necessidade e à realidade dos povos indígenas que habitam o território Nacional. Acreditamos que a utilização do termo direito indigenista não seja o mais adequado, dada a divisão que ele cria ao se contrapor ao termo direitos indígenas.[8] Por mais que se acredite na boa intenção em disciplinar a matéria, a utilização desse termo dá a entender, *grosso modo*, de que se trata de "lei de não indígena, feita para indígena", o que não pode ser, pois se estaria olvidando que os direitos dos povos indígenas formam parte indissociável do acervo dos direitos humanos.

Insta lembrar que os direitos dos povos indígenas são direitos humanos, que por sua vez formam uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (Piovesan, 2001). Cançado Trindade (1997) reforça: "a indivisibilidade e a interdependência de todos os direitos humanos devem ser analisadas à luz da unidade fundamental de concepção dos direitos humanos", e não podem ficar estes reféns de subterfúgios eufemísticos.

Embora ainda esteja em vigor, o atual Estatuto do Índio está obsoleto e não é de forma alguma uníssono ao espírito da Constituição Federal de 1988. Alguns conceitos que permeiam a Lei 6001/73 ainda estão mal esclarecidos; isso traz

sérios prejuízos, em especial para o operador do direito, para que este possa aplicá-lo satisfatoriamente em benefício dos indígenas. Para exemplificar citamos o artigo 4º, a Lei 6001/73 que trata dos povos indígenas sob categorias de: índios isolados, em vias de integração e integrados.

Por certo essa classificação advém do conceito de integração que tinham os legisladores da época, e que por meio de um imaginário próprio e essencialista viam os indígenas, como o "índio puro", "legítimo", sob a óptica do Indianismo Romântico alencariano do século XIX[9] que se baseava na crença infundada de que, em se apropriando de qualquer traço da cultura material (artefatos) ou da cultura imaterial (linguagem, valores, comportamentos) do mundo dos não indígenas, os indígenas deixariam de ser o que eram (Ferreira Lima, 2007).

Nesse sentido, aponta-se a questão da identidade indígena como um fator essencial a ser considerado pelos operadores do direito. Ser índio é, antes de tudo, ser considerado índio por si mesmo e pela própria comunidade em que está inserido. Esse pertencimento implica características culturais, mas isso não significa que estas sejam estanques, imóveis. A cultura é considerada essencialmente dinâmica e constantemente reelaborada (Barth, 2000, p. 35), grupos indígenas continuam com suas identidades étnicas distintas, mesmo que se articulem com a sociedade nacional (Castilho e Paranhos, 2003, p. 3-4).

Muitos indivíduos que se consideram indígenas, mas não possuem traços fenótipos aceitos como indígena, ao conviverem com e entre o grupo, podem ser considerado pelos demais como um de seus pares:

> Essa conceituação é discutível, mas tem pelo menos o mérito de consignar que é índio aquele indivíduo que é reconhecido pelos índios como índio também, o que é um bom referencial antropológico. Esse reconhecimento manifestado pelo constituinte refere-se aos índios, cabendo ter por certo que índio, para o direito brasileiro, não é só aquele nacional descrito na legislação infraconstitucional, mas todo aquele que pela expressão constitucional dos arts. 231 e 232 reúna características jurídico-antropológicas que como tal o identifiquem. Em outros termos índio não é só aquele que a definição legal identifica senão aqueles reconhecidos pela sua comunidade e os que, por sua organização social, costumes, tradições e crenças, possam assim ser (Castilho e Paranhos, 2003, p. 45).

Esse novo referencial, ao ser aplicado aos direitos relativos aos povos indígenas, encontra alguns obstáculos, como descreve o antropólogo Darcy Ribeiro (1970, p. 196), "a ideologia brasileira quer o índio como um futuro 'branco' dissolvido pela amalgamação racial e pela assimilação na comunidade nacional". Essa "ideologia" vista por Ribeiro continua presente ainda hoje, podendo se fazer sentir no enorme desprezo dos

operadores do sistema penal para com os dispositivos normativos positivados que garantem um tratamento diferenciado aos indígenas (Silva Filho, *apud* Lacerda, 2007, p. 221). Em outras palavras, a nova perspectiva de se vislumbrar os povos indígenas implica mudanças socioculturais nas formas de organização desses grupos, não significa dizer que os indígenas deixam de ser indígenas ou perdem suas identidades, caso haja uma interação com a sociedade não-indígena.

É importante destacar que enquanto a Lei 6001/73 se pautava em ditames das teorias assimilacionistas, os ordenamentos jurídicos mais recentes acolheram outro referencial teórico que respeita a autodefinição e o pertencimento do próprio indígena. Pode-se aqui apontar como novo e efetivo referencial para o tema: a Constituição Federal de 1988; a Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, da Organização Internacional do Trabalho, OIT,[10] aprovada em 1989 e internalizada no Ordenamento Jurídico brasileiro pelo Decreto-Legislativo n. 143/2002 e Decreto Federal n. 5.051, de 19 de abril de 2004; e ainda, a recente Declaração das Nações Unidas sobre o Direito dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em setembro de 2007.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu expressamente aos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território, capacidade para postular em juízo, bem como legitima o direito às diferenças étnico-culturais. Por seu turno, a Convenção 169 da OIT declara que a condição de indígena não advém de parâmetros externos, mas sim de um processo de autodefinição: "a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção" (item 2, art.1º).

### 1.2 Normas internacionais de proteção dos direitos dos povos indígenas

#### 1.2.1 As Convenções n. 107 e 169 da Organização Internacional do Trabalho

Qual teria sido o motivo que levou uma organização internacional que tem como principal objetivo regular o sistema internacional do trabalho, como é a OIT, a se interessar pelo direito dos povos indígenas? A princípio, pode-se dizer que foi regrar as relações trabalhistas dos povos indígenas e que lhes fosse aplicado o princípio da isonomia, levando em consideração o seu estatuto diferenciado dentro da sociedade abrangente, para evitar que seus direitos como trabalhadores fossem desrespeitados nos países que estavam se tornando independentes durante o século XX. Ou seja, para evitar que os povos indígenas fossem espoliados de meios de subsistência conforme suas necessidades e interesses – em razão da subtração e espoliação de suas terras –, e explorados em sua mão de obra.

A Convenção n.107 da OIT, primeira a ser adotada sobre a matéria, reflete o discurso dominante paternalista na época da descolonização sobre os povos indígenas,

com cláusulas que pregam a integração e assimilação progressiva desses povos na sociedade abrangente do Estado signatário.[11]

O artigo 5º da Convenção 169 da OIT determina que deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais, religiosas e espirituais dos índios e que deverão ser tomadas devidamente em consideração a índole dos problemas que se lhes colocam, coletiva e individualmente, e que deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos. Isso também já está garantido pela lei específica e pela Constituição do Brasil.

A Convenção 169 surge reforçando uma situação que já tinha sido tratada pela Constituição Federal de 1988, no que se refere à respeitabilidade das culturas indígenas, como indica Barbosa (2001, p. 233): "O artigo 8º da Convenção também dispõe que ao se aplicar a legislação nacional aos povos indígenas deverão ser tomados devidamente em consideração os seus costumes ou seu direito costumeiro princípio este harmônico com a constituição e a lei brasileiras".

### 1.2.2 A Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas

Após 25 anos de longos e intricados debates, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou em setembro de 2007 por 143 votos a favor, quatro contra e onze abstenções, uma declaração solene especificamente sobre o direito dos povos indígenas.[12]

Embora não possua força jurídica obrigatória, a Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas tem incontestavelmente um grande peso político e moral, ainda mais no continente americano. As declarações, que são resoluções recomendatórias de organizações internacionais, são classificadas como instrumentos de *soft law*, o que significa, ao invés da *hard law* e apesar da sua natureza solene, que não possuem caráter vinculante. Isto verifica-se perfeitamente na prática, nomeadamente da ONU, onde a declaração apresenta-se como um instrumento oficial adequado para ocasiões muito especiais, e servindo para enunciar princípios de importância permanente (Maia e Oliveira do Prado, 2011).

Os direitos reconhecidos por declarações podem transcender a falta de força obrigatória do seu suporte formal, criando uma prática geral aceita como juridicamente vinculante, ou seja, passando a converter-se em direitos consuetudinários. Destaque-se o artigo 2º da Declaração das Nações Unidas, que trata do reconhecimento e do respeito à diversidade étnico-cultural: "Os povos indígenas são livres e iguais a todos os demais povos e pessoas e têm o direito de não ser objeto de nenhuma discriminação no exercício de seus direitos fundado em particular, em sua origem ou identidade indígena". Note-se que o dispositivo legal, ao afirmar que os povos indígenas são iguais a todos os demais povos, reconhece ao mesmo tempo o direito de todos os povos a serem diferentes, a considerarem a si mesmos diferentes e serem respeitados como tais.

Reconhece-se, portanto, a urgente necessidade de respeitar e promover os direitos intrínsecos dos povos indígenas, que derivam de suas próprias estruturas políticas, econômicas e sociais e de suas culturas, tradições espirituais, história e concepção de vida (Lacerda, 2007).

Ressalte-se, sobretudo, a necessidade de respeitar e promover os direitos dos povos indígenas assegurados em tratados, acordos e outros pactos construtivos com os Estados, reconhecendo também que o respeito aos conhecimentos, às culturas e às práticas tradicionais indígenas contribui para o desenvolvimento sustentável.

## 2 SITUAÇÃO DOS PRESOS INDÍGENAS NO MUNICÍPIO DE DOURADOS, MS

### 2.1 Conflitos territoriais, população carcerária

De acordo com a vice-procuradora-geral da República, Dra. Deborah Duprat, o Estado de Mato Grosso do Sul é o Estado com a segunda maior população indígena do Brasil (cerca de 70 mil indivíduos) e concentra, atualmente, os maiores problemas sociais e conflitos por demarcação de terras.

Conforme estudos de especialistas – em especial de acordo com estudos de Dra. Deborah Duprat (2010), então coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR), que trata de assuntos relativos aos povos indígenas e outras minorias étnicas –, em um encontro realizado em Campo Grande, capital do Estado, afirmou-se que: "o problema das comunidades indígenas está intimamente ligado à insuficiência de terras e (...) a situação em Dourados/MS, além de indigna, é a maior tragédia mundial conhecida na questão indígena".

Ao tratar deste tema, e de acordo com pesquisas recentes o Centro de Trabalho Indigenista (CTI, 2008), uma das principais causas dos problemas que envolvem os povos indígenas e o incremento da população carcerária indígena em Dourados/MS é redução do espaço vital de seus territórios tradicionais.[13]

A Reserva Indígena de Dourados, assim como tantas outras criadas no início do século XX pela política indigenista, foi estabelecida com o firme propósito de "confinamento". Essas Reservas eram locais para onde os indígenas deveriam se dirigir, de livre vontade ou sob ameaças e pressões (Pacheco 2004). Eles deveriam ser transferidos de suas terras, até estarem prontos a integrar-se à sociedade envolvente. A ideia de criar reservas não significava que se havia optado por criar um espaço territorial digno, mas sim de liberar terras para as frentes de expansão agrícola de colonização interna, que iniciava naquele começo de século a ocupar terras no então Estado de Mato Grosso.

Com essa política implantada pelo Estado, os indígenas viram suas terras sendo invadidas, foram expropriados de seus territórios tradicionais e tinham de abrigar-se nas Reservas construídas pelo Estado.

Essa situação se agravou principalmente na segunda metade do século XX. Segundo historiadores, (Brand, 2001 e Pacheco 2001) esse processo de "confinamento" se radicalizou a partir da década de 1970, com a chegada das grandes lavouras e da consequente mecanização da atividade agrícola. Atualmente, esses indígenas que vivem "confinados" nos limites de suas áreas indígenas dedicam-se principalmente ao corte da cana-de-açúcar, visto que este Estado hoje abriga grandes usinas sucroalcooleiras.

Some-se a isso o fato de que fazendeiros locais e o próprio governo estadual têm tentado, por meio de políticas públicas, flexibilizar e reduzir ainda mais as terras dessas comunidades:

> 1 (...) Reclamações idênticas vieram dos índios do PI de Dourados, segundo os quais, em 1975, haviam desaparecido 61 hectares da área inicialmente demarcada. Insistiram os índios nesse período na reaviventação dos limites originais das reservas, exatamente por causas dessas reduções:
>
> 2 Essas reduções foram efetivamente realizadas em 1990 e 1991, mediante convênio entre a Funai e o Terrasul, MS. Mas, ao invés de devolverem as terras griladas, confirmaram as terras reduzidas (Brand, 2001, p. 122).

Na construção das Reservas Indígenas, tal qual foi proposta pela política indigenista, apresenta-se, além do conflito entre indígenas e não indígenas, o conflito entre indígenas de várias etnias. A política das reservas não respeitou as diferenças e colocou em uma mesma Terra Indígena, no caso da área de Dourados, três etnias indígenas distintas. Isso se deve ao fato de que o senso comum vê o indígena como um "índio genérico", e coloca todos os indivíduos sob o mesmo rótulo, transformando uma categoria social tão diversa em algo homogêneo.

É crucial compreender que cada etnia traz consigo características próprias, especificidades configuradas a partir de realidades linguísticas, históricas, ecológicas e cosmogônicas distintas.

A realidade em que se encontram os indígenas, em especial os da Reserva de Dourados, MS, é desoladora. Não se vislumbram perspectivas alentadoras e, diante de um quadro social extremamente tenso e conflituoso, problemas como alcoolismo e o consumo de drogas ilícitas geram violência e instabilidade, como se pode verificar no relatório do CTI (2008), Situação dos Detentos Indígenas no Mato Grosso do Sul:

> Os suicídios e as tentativas de suicídio tão recorrentes nos últimos anos entre os Kaiowá e Guarani, as mortes de crianças por desnutrição e as

> elevadas taxas de criminalidade que afligem os índios são uma das consequências da constante pressão exercida sobre estas populações por parte das diferentes frentes de expansão econômica na região: um cenário histórico de exploração, opressão desrespeito à diversidade por parte do poder público e da sociedade envolvente de maneira geral (CTI, 2008, p. 15).

Com a política territorial imposta pelo Governo Federal, hodiernamente, o município de Dourados concentra a maior densidade de indígenas do Brasil, com uma área de aproximadamente 3.500 hectares de terra para uma população de mais de 12 mil indígenas (Agência Brasil, 2008).

Deve-se levar em consideração que o processo de "desenvolvimento" econômico adotado pelo município de Dourados tem pressionado sobremaneira as áreas indígenas próximas. De acordo com o trabalho realizado pelo CTI (2008), a pressão urbana e seus consequentes problemas, como a marginalização, aumentaram a prática de crimes entre os povos indígenas na região da Grande Dourados.[14]

### 2.1.1 Situação jurídica dos presos indígenas de Dourados

A situação dos acusados e sentenciados indígenas, de acordo com os levantamentos realizados para este estudo, indica que os presos indígenas no Estado de Mato Grosso do Sul estão sendo vítimas de violações de direitos e garantias constitucionais em face da falta ou deficiência de assistência jurídica.

Segundo dados do CTI (2008), do total de indígenas envolvidos em crimes na região (vide Anexos I e II), apenas 22% receberam a devida e adequada assistência jurídica, incluindo nestes dados a não presença de intérprete judicial, em cumprimento do dispositivo legal do artigo 12 da Convenção 169 da OIT,[15] como já dito, já devidamente parte do Ordenamento Jurídico nacional.

Para ilustrar o descaso, trazemos a lume a situação jurídico-penal vivenciada pelos detentos indígenas. Para este fim, é importante levar em consideração a forma que a legislação e, em especial, o Direito Penal foram "construídos" e aplicados.

O Direito Penal não tem acompanhado, no mesmo ritmo, as conquistas incluídas nas últimas décadas pelo Direito Constitucional e pelos Tratados Internacionais que reconhecem um pluralismo cultural, legal, linguístico e a igual dignidade de culturas. No Direito Penal há uma exclusão da cultura e modo de vida dos povos indígenas, uma vez que não se reconhece o direito indígena como outro sistema jurídico.

No Brasil, como em outros países da América Latina, o Direito Penal sempre encontrou fundamento em um positivismo racionalista ocidental, com a importação de legislação e doutrina europeias (tanto nos casos de *Civil Law* como de *Common Law*) para acomodar a realidade indígena.

A Fundação Nacional do Índio (Funai), criada em 1967 para substituir o Serviço de Proteção ao Índio (SPI), sempre tratou das questões pertinentes aos indígenas. Ocorre que essa Fundação, no caso do Estado de Mato Grosso do Sul, conta com um único servidor, um Procurador Federal, para atender mais de trinta áreas indígenas no cone sul do Estado. Um único agente para dar assessoria jurídica a mais de 35 mil indígenas de diversas etnias.

Segundo o relatório do CTI (2008), os indígenas processados por delito de homicídio – crime sujeito ao procedimento do júri –, devido à defesa insuficiente acabam sendo pronunciados e, quando julgados pelo Tribunal do Júri – cujos jurados e juradas, muitas vezes, desconhecem os modos de percepção e práticas sociais indígenas –, geralmente são condenados.

É na fase processual, e principalmente por falta de um acompanhamento jurídico adequado, que muitos indígenas deixam de comparecer às audiências como testemunhas; os prazos não são observados e, muitas vezes, devido à omissão são processados ou conduzidos a juízo coercitivamente (CIT, 2008). Os indígenas processados, ao deixarem de comparecer, são declarados revéis e acabam tendo suas prisões decretadas preventivamente, ou seja, antes da condenação irrecorrível.

Com as considerações levantadas pelo trabalho do CTI (2008), além de pesquisas bibliográficas e de campo feitas para este trabalho, percebe-se que há uma lacuna entre o que a Justiça almeja e o que realmente é efetivado para com os indígenas.

Para elucidar essa situação, buscamos referenciais em perícias antropológicas, dentre elas cita-se uma realizada para o Ministério Público do Trabalho (MPT), na qual o problema investigado era a "capacidade sociopsicológica e cultural" dos índios da aldeia Tey Kuê, localizada no município de Caarapó, MS, mais precisamente dos indígenas S. V. (iniciais) (processo n. 1136/2003) e S. B. (iniciais) (processo n. 1128/2003). A dúvida que se apresentava ao perito do MPF era saber se esses indígenas tinham condições de compreender as instruções processuais apresentadas durantes as audiências.

O perito judicial advertiu que a questão relativa aos prazos a serem cumpridos pelos indígenas diante da Justiça era um fator a ser observado com acuidade. Os prazos prescricionais, por exemplo, geralmente não são cumpridos, uma vez que o indígena, em sua cultura e de acordo com seu modo de ser, apresenta uma forma diferente da percepção do mundo "ocidental" na forma de lidar com o tempo (Ferreira de Lima, 2007).

O mesmo perito aduz que "o analista incauto poderia apressar-se em concluir que a perda de prazos e o ritmo Guarani que, à nossa óptica, nos parece lento, seria peculiar apenas aos índios residentes nas áreas mais recônditas da reserva ou àqueles destituídos de maior educação formal", porém, "não é o que ocorre" (Ferreira de Lima, 2007, p.49). Segundo a afirmação da professora do Magistério Superior Indígena, que foi mencionada na perícia antropológica citada e a qual acompanha aos indígenas há mais de sete anos:

> O tempo deles é diferente do nosso. Olhe os professores indígenas que estão ali, na frente, com um monte de informação e tal, mas, por exemplo, você marca um prazo para eles: olha, até tal dia você tem que me entregar a documentação para o teu contrato aqui na Secretaria de Educação. Tem professor aqui olha, já estou aqui há sete anos e está com o CPF cancelado porque ele não renovou, não cadastrou o CPF. E ele só vai perceber isso quando cortam o pagamento dele.

Ferreira de Lima (2007) referiu-se que a capacidade cognitiva varia com a organização social, com a cultura de cada povo, com a variabilidade ecológica, o contexto histórico, o universo linguístico. Nestas sociedades ditas "tradicionais" o pensamento se ancora no concreto, isso poderia levar à conclusão de que esses indivíduos teriam maneiras diferentes de entender a realidade e sentiriam mais dificuldade de compreender dados abstratos, como os prazos em geral.

### 2.2 Desafios na aplicação do Direito Indigenista

Embora a Funai trate das questões jurídicas pertinentes aos indígenas, atualmente têm surgido organizações que trabalham no sentido de minimizar os problemas enfrentados por esses povos.

Vale sublinhar a importante ação do Projeto Dorvalino Rocha, do Centro de Defesa da Cidadania e dos Direitos Humanos Marçal de Souza Tupã-i, MS, que oferece orientação jurídica e assistência judicial através de advogado aos indígenas que buscam o Centro, que os acompanha conforme as especificidades de cada caso. No que diz respeito à área de atuação, é importante mencionar que os acompanhamentos vão desde a esfera administrativa até a contenciosa.

Sob o aspecto técnico, os acompanhamentos não se limitam a uma ou outra área do direito, ou seja, os atendimentos englobam praticamente todas as áreas do direito e zelam pela defesa dos interesses daqueles que tanto necessitam.

Em relação ao entendimento e aplicação da legislação específica inerente aos indígenas, nota-se que o Poder Judiciário, principalmente local, ainda possui uma grande resistência, e até mesmo falta de conhecimento, e algumas vezes está contaminado pelos estereótipos e preconceitos históricos relativos aos povos indígenas.

Na verdade, tem-se notado que, quando se invoca a legislação específica, os magistrados e alguns membros do Ministério Público deixam de verificar a questão com maior profundidade e limitam-se a aplicar a legislação "geral", justificando tal posicionamento em razão de o indígena supostamente estar "integrado" à comunhão nacional, o que demonstra a urgência da reforma da Lei 6001/73, O Estatuto do Índio.

Um claro exemplo da não aplicação do direito indigenista é o procedimento adotado no interrogatório policial. Nestes casos, a autoridade não utiliza o auxílio de um intérprete a maior parte das vezes, deixando de seguir a orientação estabelecida no

artigo 12 da Convenção 169 da OIT, a saber: "Artigo 12. (...) Deverão ser adotadas medidas para que os membros desses povos possam compreender e se fazer compreender em procedimentos legais facilitando para eles se *for necessário intérprete ou outros meios necessários* (grifo nosso).

Os presos indígenas que são recolhidos aos presídios e cadeias públicas da Grande Dourados passam por várias "situações-problema" dentre as quais destacamos: (1) a falta de compreensão da língua não indígena, a falta de comunicação impede a real promoção e acesso à Justiça; (2) a dificuldade de compreender as formalidades do sistema judicial e suas simbologias (Bourdieu, 2003) e; (3) discriminação, fato que é comum à pessoa do indígena no âmbito social:

> Nas audiências criminais, há situações em que o indígena não consegue dizer uma só palavra, por falta de orientação. Por ocasião da oitiva, o Procurador da Funai é citado, mas não comparece no dia, local e data, pois não tem como estar em várias Comarcas ao mesmo tempo(CTI, 2008, p. 31).

> Quando eles prendem, é, as pessoas, inclusive aqui eu tenho um tio meu, o problema dele está preso por caso de terra (...) só em Dourados sabe (...) aconteceu divisa de lote (...). Então foi questão de terra. Só que ele não fala quase português. Então, essa questão da tradução mesmo (...), do linguismo, tem necessidade de lá dentro, alguém ou algum advogado, especialista ou outro alguém (CTI, 2008, p. 29-30).

Entre as inúmeras barreiras, Pacheco e Vergílio (2006) destacam que, em muitos casos, o indígena não possui sequer o conhecimento da língua portuguesa. Muitos não sabem e não podem se expressar no idioma oficial de nosso país. Os guarani kaiowá são falantes nativos da língua guarani e o português se afigura como uma segunda língua completamente distinta para eles.

Os linguistas costumam apontar um conjunto amplo de competências comunicativas que tornam um falante proficiente no uso de determinada língua, como: competência gramatical; competência sociolinguística; competência discursiva; competência internacional (Ferreira Lima, 2007).

O outro obstáculo encontrado pelo detento indígena é a dificuldade de compreender os trâmites legais. Isso pode ser confirmado com o depoimento de um detento, um índio kaiowá, que, sem dúvida, esclarece o que vem acontecendo:

> Eu não acho justo, porque, se fosse feito alguma coisa nesse [trecho inaudível] (...), eu não estaria esquentando, mas o problema é que eu estou aqui só por causa da quebra, que eu quebrei a intimação. Manda a intimação lá e ninguém entrega, então eu não vim aqui pra assinar esse

> documento [trecho inaudível], que foi mandado lá. É por isso que eu estou aqui, eu não caía, se eu tivesse assinado o documento, a intimação (CTI, 2008, p. 30).

Nesse exemplo, nota-se que o indígena apresenta uma certa noção da língua portuguesa, mas esbarra na formalidade da lei. Segundo Bourdieu (1989), o mundo social é estruturado e o modelo existente estrutura os modos de relação pessoa-pessoa e instituição-pessoa. Isso significa que todos têm poder e o exercem de alguma forma, porém, a distribuição do poder é algo socialmente dado, de modo que a posição social, a posição de classe e o prestígio gozado, não apenas conferem poder a um indivíduo, mas também sinalizam para sua existência. A distribuição desigual de poder, moldadas pela estruturação do mundo social, gera assimetrias entre as pessoas, que tornam a interação entre elas igualmente assimétricas.

As interações entre pessoas com relações simétricas de poder costumam ser mais tranquilas e livres de grandes expectativas. Estamos nos referindo à relação entre iguais; as relações assimétricas, por seu turno, comumente são permeadas por ansiedade, deferência e medo. A assimetria pode levar a um "travamento" na comunicação, caso não se tomem os devidos cuidados e não se atente para a importância de diminuir as distâncias sociais, simbólicas, de classe, de *status*. que separam os interlocutores.

Todos esses fatores têm efeito sobre a comunicação. É necessário fazer com que a competência sociolinguística de um falante se revele como uma forma de diminuir as distâncias entre os interlocutores, usando termos e vocabulário compatíveis com a diferença, de modo a não exacerbar as assimetrias. Essas observações são importantes para os operadores do direito que transitam por essa seara. Um juiz ou um advogado que se porte, por exemplo, como um algoz inquisidor, sem a devida sensibilidade, corre o risco de "travar" o diálogo (Ferreira de Lima, 2007).

Para finalizar o rol de exemplos, apontamos outro problema encontrado pelo indígena: o processo discriminatório arraigado nos mais diferentes compartimentos do Poder Público. De acordo com os relatos de um detento indígena, isso ocorre mais na cadeia, por causa dos funcionários, ou se mostra quando a justiça é mais rigorosa quando se trata de réu indígena, como se fosse crime ser indígena, "ser diferente". Vejamos o relato de um índio kaiowá, chefe do Posto Indígena de Dourados:

> É, por exemplo, esse povo quer que vá índio preso mesmo. Olha na cara da gente assim e já tem que ir preso. Não tem esse negócio de "não". Então qualquer coisa, xadrez mesmo, não tem perdão. Se a gente não tem advogado vai mesmo [trecho inaudível] e tem um advogado lá, que na hora, lá, é na hora do júri tem aquele negócio de advogado lá que vem na hora, acompanha (CTI, 2008, p. 22).

Atente-se para o este trecho do depoimento de um indígena kaiowá, preso na cadeia pública: "... muita pessoa [sic] que não foi condenado ainda, já tá [sic] trabalhando. Só que não é índio não. *Índio é mais jogado, mais jogado que aqueles*" (CTI, 2008, grifo nosso). Entre as inúmeras barreiras encontradas pelo indígena ao litigar na justiça, crê-se que uma das principais reside na questão da comunicação através da língua portuguesa.

Conforme já apontado, sabe-se que muitos dispositivos encontrados no Estatuto do Índio, ainda em vigor, estão obsoletos frente à Constituição Federal de 1988 e aos Tratados e Convenções Internacionais firmados pelo Brasil em matéria de direitos humanos. Como indica o artigo 56; § único, Lei 6001/73, reforçado pelo artigo 10 da Convenção 169 da OIT: "Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento", instituindo assim um regime especial de cumprimento de pena. Ademais, a própria Constituição Federal, em seu artigo 231. obriga o reconhecimento da organização social, costumes línguas, crenças e tradições dos índios (Brasil, 1988). Não obstante, observa-se que a prática não atinge os patamares desejados pelo legislador.

Não se pode olvidar que somado ao artigo 231 da Constituição o artigo 8º da Convenção 169 da OIT é claro ao indicar que ao ser aplicada a legislação nacional aos povos interessados "deverão ser levados nas devidas considerações *seus costumes ou seu direito consuetudinário*" (OIT, 1969, grifo nosso).

Como já indicado nossa intenção não é lançar uma análise exaustiva sobre a técnica legislativa ou sobre às normas específicas que não são consideradas e/ou aplicadas pelo Poder Judiciário do Estado de Mato Grosso do Sul. Entretanto, frisamos que o direito a um direito diferenciado, que contemple as especificidades dos povos indígenas naquele Estado da Federação está esquecido, e sua aplicação está muito aquém do que julgamos deveria estar.

## 3 POR UM DIREITO À DIFERENÇA: A APLICAÇÃO DO DIREITO CONSUETUDINÁRIO AOS POVOS INDÍGENAS

> "Conceitos muitos diferentes, ainda que semelhantes aos nossos, podem nos parecer muito estranhos, como desvios do comum numa direção insólita. E outros possuem conceitos que se cruzam com os nossos. Eu quero dizer que uma educação muito diferente da nossa pode também servir de base a conceitos bastante diferentes."
>
> *Ludwig Wittgenstein*

Antes da intervenção do direito estatal nas comunidades indígenas, estas eram regidas por um direito interno baseado nos costumes e tradições, o direito consuetudinário indígena, ou como alguns doutrinadores preferem chamar: direito indígena. É

importante ressaltar, e gostaríamos de insistir, que direito indígena e direito indigenista não são sinônimos; isso em geral causa confusão, inclusive no meio jurídico e acadêmico.[16] O primeiro constitui o direito costumeiro ou direito consuetudinário, enquanto que o direito indigenista consiste em normas legislativas feitas pelo Estado e impostas aos indígenas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o direito costumeiro passou a ser reconhecido, mas isso aparecia de forma tímida. Esse direito ressurgiu –, com certo vigor, nos teores de alguns documentos –, relacionado ao direito indigenista, principalmente na Convenção 169 da OIT, artigos 8º e 10º.[17]

O direito consuetudinário, embora não reconhecido pelo direito positivo, e também não escrito em códigos e legislações, é respeitado pelos costumes, e constitui elemento básico da identidade étnica de um povo. Sendo assim, está sujeito à tutela Constitucional, como se pode ver a seguir:

> Embora controvertido, o conceito de consuetudinário normalmente relaciona-se a um conjunto de normas legais tradicionais, não escritas nem codificadas, distintas daquelas do direito positivo vigente em um determinado estado. Sua principal característica é a existência de um corpo de regras e costumes delimitado, reconhecidos e compartilhados por uma dada coletividade, o qual difere e contrasta com o direito positivo vigente. Esse último emana de autoridade constituída e a sua aplicação está nas mãos daquela autoridade; aquele vigora e opera apesar da existência do estado (leitão, 1993, p. 229).

A detenção, o encarceramento, implica perder os vínculos com a família e o convívio comunitário, um grave problema para um povo que tem os valores dessas funções sociais ligadas sobremaneira à sua própria noção de pessoa e pertencimento. Percebemos que a maioria dos presos entrevistados nos presídios não recebiam visitas, e por se ressentirem disso caíam em profunda depressão. O distanciamento das aldeias e as exigências do próprio presídio dificultam as visitas. Estes segregados da comunidade vão gradativamente enfraquecendo seus vínculos sociais, ocasionando até a dispersão de suas famílias.

Percebe-se que a necessidade de reconhecimento do direito indígena permeia a realidade dos detentos indígenas:

> Eu acho que este daí tem que avançar (...) é, inclusive com os agentes carcerários, indígena que fala o idioma pra poder também repassar pra própria família (...). Fazer essa interlocução lá dentro (...) porque parente está assim, ele está precisando disso, ele está sentindo assim (...). Ele teria uma melhor, vamos dizer assim, essa re-socialização [sic] seria acho que

> mais válido do que ele se [sic] preso aí no meio de preso comum, numa penitenciária grande como no caso do Harry Amorim (CTI, 2008, p. 33).

### 3.1 Obstáculos à aplicação do direito consuetudinário indígena no âmbito do Direito Penal

Diante da argumentação de que o indígena teria, de forma imperiosa, que deixar de ser índio, e abrir mão de sua identidade como indígena, para adotar costumes que não lhe pertencem, é importante frisar que a Constituição Federal de 1988 desconsiderou conceitos trazidos pela Lei 6001/73, O Estatuto do Índio. Tais conceitos se referiam à incorporação do indígena à sociedade nacional. Infelizmente, o anacrônico, mas ainda em vigor Estatuto do Índio, ainda é o principal e primeiro cânone utilizado e mencionado por muitos operadores do direito não informados, quando se deparam com alguma questão de direito indigenista.

Até a Constituição de 1988, era comum, tanto no aspecto da legislação quanto no âmbito social, utilizar-se um pensamento integracionista para com o indígena. Entre outras premissas, esse pensamento apontava que o indígena deveria ser integrado à sociedade envolvente. Os conceitos integracionistas não mais cabem no atual ordenamento jurídico nacional, pois,

> … aspecto que às vezes remete à consideração equivocada de alguns, consiste na suposta necessidade de investigar se o beneficiário deste tratamento normativo seria índio integrado, em vias de integração ou isolado, ou mesmo se seria aculturado ou não. Essas categorias com a promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 deixam de existir. Com o dispositivo no art. 231 da CF, vigora o principio Constitucional do respeito à diversidade étnica cultural; não há, portanto distinção juridicamente válida e relevante em relação aos índios. Ou seja, pouco importa que um índio ou uma comunidade mantenham contato permanente, recente ou antigo ou que não mantenham qualquer contato com a sociedade indígena (Guimarães, 2002).

Atualmente grande parte de operadores do direito tem conservado a visão integracionista do indígena presente no artigo 56 do Estatuto do Índio, que dispõe: "no caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o juiz atenderá ao *grau de integração silvícola*" (Brasil, 1971, grifo nosso). O próprio termo "silvícola" está fora de uso pelo jargão antropológico especializado.

Infelizmente, quando se trata de jurisprudência[18] em questão indígena, algumas decisões de Tribunais, a respeito da imputabilidade dos indígenas, ainda persistem na óptica integracionista. Em algumas decisões estes eram considerados inadaptados ou até mesmo comparados a pessoas de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como previsto no artigo 26 do Código Penal.[19]

Diante das estimativas de que o índio era portador de desenvolvimento mental incompleto, Zaffaroni e Pierangeli criticaram severamente esse pensamento:

> De maneira alguma pode se sustentar que o silvícola, ou aquele que comporte de regras de qualquer outro grupo cultural diferenciado, seja inimputável, ou uma pessoa com uma imputabilidade diminuída, como se sustenta com frequência. Trata-se de pessoas que podem ser, ou não ser inimputáveis, mas pelas mesmas razões que podemos nós também o ser, e não por pertencer a um grupo culturalmente diferenciado. A psiquiatria ideológica – biologista e racista – já produziu estragos em demasia para continuar buscando suas soluções aberrantes (Zaffaroni e Pierangeli, 2004, p. 649).

Em grande parte das decisões, a óptica integracionista ainda tem predominado, fato que se deve ao atendimento às cogitações do senso comum, esquecida a necessária aplicação do regime jurídico indígena derivado de suas tradições, crenças, costumes, organização social e direitos originários que a Constituição reconheceu (Castilho e Paranhos, 2003).

Esse quadro permite afirmar, portanto, que os objetos jurídicos tutelados pela Constituição Federal de 1988 são inteiramente peculiares, pois que, além de abranger os objetos jurídicos do direito não indígena na forma constitucional vigente, também haverá de atender às regras ditadas pela tradição, cultura, organização e valores dos indígenas, que podem e devem ser igualmente protegidos, civil e penalmente, até mesmo quando não explicitamente previstos na legislação ordinária do País, já que a Constituição reconheceu as regras indígenas e, portanto, os valores respectivos (inclusive jurídicos) cuja violação justifica sanção.

Em outras palavras, se a Constituição aceita e reconhece os direitos e interesses indígenas gerados pela tradição, há de tê-los igualmente incluídos no rol dos interesses e direitos do direito ordinário brasileiro, garantindo-lhes, juntamente com esses últimos, idêntica proteção (Castilho e Paranhos, 2003).

A partir do reconhecimento à diversidade cultural do indígena, merece destaque a questão do laudo antropológico. Modifica-se a razão de ser do laudo antropológico no processo penal: este não serve mais para saber se o índio é inimputável ou semi-inimputável em razão do grau de internalização dos valores do homem não índio, mas para explicar como o fato que levou ao processo penal é entendido na sua cultura especificamente (Guimarães, 2002). Contudo isso não significa que:

> *... haya una existencia de un Derecho Penal indígena en estado puro, no sólo porque la imposición de un derecho penal de corte occidental europeo durante siglos relegó ése ordenamiento consuetudinario a un segundo plano, sino porque las características del mismo varían de agrupación en agrupación, no empecé lo cual se*

> *pueden mostrar unas directrices generales que son comunes a los diversos núcleos de población, especialmente en Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia, Méjico, Nicaragua, Guatemala, etc., entre otros* (Jiménez, 2000, p. 28).

Ademais, com base na mudança na compreensão do reconhecimento de diferenças culturais, torna-se imprescindível a perícia antropológica para identificar as normas culturais relacionadas com o delito supostamente contido e não para discutir a sua inimputabilidade. Apesar do reconhecimento do direito consuetudinário, há uma dificuldade em sua aplicação, pelo fato de aquele não ser compatível com o sistema legal vigente: o problema encontrado aqui é que o simples reconhecimento de um direito consuetudinário implica a necessidade de compatibilizá-lo, na prática, com o direito positivo vigente. E no entendimento de Venne "se os sistemas legais têm raízes e necessidades diferentes", há poucas chances de serem compatíveis entre si (Leitão, 1993, p. 230).

Ainda com base em Leitão (1993), nos seus informes sobre a violação dos direitos dos índios em diversos países, a ONU concluiu, ante a coexistência de uma norma jurídica nacional e várias outras de natureza consuetudinária que regem a vida das diversas sociedades indígenas existentes em um determinado território, ser necessário o respeito aos sistemas legais indígenas e a admissão, por parte dos Estados, da existência de um pluralismo jurídico sem preeminências injustificadas das partes do sistema jurídico nacional. No entanto, a maior parte dos Estados resiste e se contrapõe ao reconhecimento desses sistemas.

Sendo assim, é imperioso criar, por meio da legislação ordinária, formas de coexistência entre o direito interno indígena e o direito positivo nacional, sem preeminências injustificadas, que seriam juridicamente falsas, moralmente condenáveis e socialmente injustas. Não se pode permitir que o espírito que regeu a Constituinte de 1988 seja deturpado ou sofra retrocesso, é necessário que se dê a devida consideração para o tema, só assim os povos indígenas continuarão existindo de forma completa.

Aqui reside a importância de estudarmos o direito vinculado a outras disciplinas, dentre elas a antropologia, pois esta pode ser uma importante ferramenta para entender a articulação entre o local e o global. De um lado temos a perspectiva antropológica que busca saber como o particular pode nos ensinar sobre o universal, uma vez que o "mundo do direito" em alguns casos parte de premissa contrária, qual seja, aplica o universal sobre o que é particular, com base numa nova Antropologia Jurídica Indigenista.

### 3.2 Aplicação de penas de acordo com o direito consuetudinário interno das comunidades indígenas, em caso de crimes envolvendo membros do mesmo grupo étnico e/ou comunidade

Observa-se que muitas vezes os indígenas, são detidos por crimes de menor potencial ofensivo, onde as partes, em sua maioria, são integrantes da própria comunidade.

Essas situações, antes da intervenção estatal, eram resolvidas internamente, descartando-se a possibilidade do encarceramento. Esse fato é recordado por uma liderança indígena da época em que o capitão Ireno, grande liderança kaiowá de Dourados, resolvia os conflitos dentro das próprias comunidades:

> … ele dava essa atenção com esse tratamento, que muitas coisas ele mesmo resolvia. Ele, dependendo, se fosse briga familiar, ele dava aí uma tarefa, alguma coisa (…); o cara bater na mulher, é sempre produzindo coisa pra a comunidade de novo (…), tirava aquela troca né, e hoje já tá (…). [Hoje], qualquer coisa mandam para delegacia, ou vai lá para delegacia de mulheres, por fim fica só uma andança (…), aí fica não sei, e de repente reincide de novo, fica reincidente (índio kaiowá, chefe de Posto) (CTI, 2008, p. 21).

Note-se que os próprios indígenas ressentem-se da falta de um direito diferenciado, que respeite a diversidade. Conforme o depoimento supra, a pena imposta pelo direito positivo não atinge o objetivo desejado.

Há muito já se tem discutido sobre ser a prática do encarceramento um meio adequado para a "re-socialização" entre os não indígenas. Atente-se para o fato de esse encarceramento ser realizado com indígenas, povos que por sua estrutura social têm outras regras e sanções.

O encarceramento tem servido muito mais como forma de exclusão daquele indivíduo da sua própria comunidade do que de re-socialização. Essa prática acaba trazendo muitos transtornos para a família e para aquele que foi detido, uma vez que a não interação de culturas promove a incompreensão dos reais objetivos.

Segundo depoimento colhido junto ao delegado de polícia de um município da grande Dourados, o encarceramento é uma forma de forçar o indígena a conviver com os vícios e obrigá-lo à prática de condutas delituosas que, até então, não faziam parte do seu modo de vida, no âmbito de sua comunidade de origem.

Conforme Dallari (2001), conviver com os vícios e a violência dos padrões capitalistas de interação humana é condenar o indígena à degradação física, psíquica e moral, apressando a sua morte, tanto física, quanto espiritual ou cultural. O indígena, ao ser encarcerado por um determinado tempo, acaba tendo sua cultura vilipendiada, fato que é contrário à proteção que lhe dá a Constituição Federal de 1988 e demais Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Sabe-se que os indígenas têm modos de vida peculiares e não têm muito envolvimento com os hábitos da sociedade que os cercam. A questão continua: como re-socializar um indivíduo que não compartilha os hábitos da sociedade envolvente, por pertencer a uma cultura diversa dessa sociedade; [indivíduos] que durante mais de três quartos de século foram obrigados a se integrar a esse mesmo *mainstream* que lhe condena por ser diferente? Por esta razão, entende-se inviável esse modelo de

punição, o encarceramento. Ao utilizá-lo, está-se destruindo a cultura indígena, em conformidade com a linha de pensamento e preocupação contidos na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (art. 8º, parágrafos 1 e 2.[20]

A preocupação de revitalizar e promover o reconhecimento, por parte dos Estados, do direito interno das comunidades indígenas, o projeto de Declaração da Organização dos Estados Americanos (OEA) sobre os Direitos dos Povos Indígenas (OEA-DDPPII), em seu artigo XXI; 1, 2,[21] comunga o mesmo entendimento.

Os dispositivos internacionais surgem com o intuito de zelar pelo indígena, cabendo ao signatário de várias Convenções e Pactos Internacionais a observância desses dispositivos jurídicos. Pelas razões expostas, não procede a afirmação de que somente o direito positivo é eficaz para a resolução de conflitos no seio das comunidades. Erigir o direito positivo à supremacia, em detrimento das razões culturais, é negar a existência da diversidade.

A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 10º, dispõe especificamente sobre os indígenas apenados: "Quando sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais"; e "Dever-se-á dar preferência a tipos de punição outros que o encarceramento".

Vários autores latino-americanos (Fajardo, 1999; Gomez, 2000, e outros), enfatizam os mecanismos para o respeito de atos jurídicos indígenas, aduzindo que as normas para uma coordenação entre os sistemas jurídicos deveriam estabelecer instrumentos que garantissem o reconhecimento legal dos atos jurídicos realizados dentro do direito indígena (união conjugal, nomes, filiação, formas de contratos, etc.), sem querer estabelecer novos requisitos que na prática significam o desconhecimento do que já fora pactuado entre os povos indígenas.

Diante da história da expropriação a que foram submetidos os povos indígenas, a qual foi fator debilitador de seus direitos, urge o estabelecimento de políticas públicas para o fortalecimento da cultura indígena, de suas autoridades, instituições e procedimentos consensuais e participativos. Essas políticas devem ser pensadas com a participação dos indígenas e com um diálogo intercultural amplo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a crescente demanda dos povos indígenas pela afirmação de sua identidade e a busca pelos seus direitos, entende-se que o direito positivo, tal qual está posto, em especial o Direito Penal, não pode escusar-se a tratar destes problemas. É premente que o legislador encare essa realidade à luz dos fatos culturais da real pluralidade entre as sociedades conviventes.

Primeiro, porque os povos indígenas hoje se fizeram visíveis, estão presentes e querem ser identificados como indígenas. Segundo, porque o direito positivo, tal qual

vem sendo aplicado, promoveu mais injustiça do que justiça. Terceiro, porque a aprovação da Constituição Federal de 1988 consagrou um capítulo próprio para os indígenas, especificamente o artigo 231, entre outros que tratam da proteção ou respeito à diversidade cultural. Essa é uma medida tomada pelo Constituinte, no sentido de executar outro Princípio Constitucional, o da igualdade: "tratar de forma igual os iguais e de forma desigual os desiguais na medida de sua desigualdade" (Santos, 1995).

Acrescente-se que o direito indígena deve ser repensado em função das Convenções e Acordos Internacionais, assim como a partir da forma de aplicar sanções quando estas disserem respeito a atos ilícitos praticados por indígenas.

O sujeito indígena, ao enfrentar a justiça, deve ter assegurado um tratamento diferenciado que leve em consideração sua cultura, sua forma de vida e, sobretudo, a necessidade de ele compreender e se fazer compreender.

Por certo, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição de 1988, não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem esse marco como referência inafastável.

A não aplicação do direito ao tratamento diferenciado desrespeita o preceito Constitucional, situação muito comum nos interrogatórios de indígenas, nos quais a maioria não consegue dizer uma só palavra, e, ficando calados, são interpretados como no provérbio popular. "quem cala consente".

Além de desrespeitar os preceitos constitucionais, viola-se também os Tratados e Convenções Internacionais, assim como a cultura interna da comunidade, que, na maioria das vezes, possui seus próprios sistemas jurídicos, que não são levados em consideração por parte do Estado.

Urge que novos conceitos e novas concepções sejam amplamente divulgados, iniciando-se pelos cursos de Direito, que, em sua maioria, ainda apresentam uma visão positivista, alheia à realidade, instruindo o futuro operador do direito como um mero aplicador do cânone jurídico. Isso não tem mais lugar na sociedade em que se vive atualmente. Deve-se levar em consideração que as novas concepções que estão em consonância tanto com o direito interno quanto com o direito internacional devem fazer parte do cotidiano do sistema Judiciário, para que ocorra realmente uma sociedade mais justa, e a democracia possa de fato fazer parte do cotidiano das pessoas, incluindo, índios e não índios.

Certo é que, apesar dos vários mecanismos de proteção aos direitos indígenas, muito está por fazer. Dentre outras providências, é preciso estabelecer princípios, tais como o da dignidade das culturas, para superar o conceito de minorias. Também, estabelecer um diálogo intercultural com mecanismos de articulação e consulta, bem como uma distribuição do poder de definição em espaços normativos, jurisdicionais e de políticas públicas, além de estabelecer garantias institucionais e processuais que viabilizem a equidade com reconhecimento do direito a diferença cultural.

Este trabalho teve como escopo, lançar um novo olhar sobre o direito tal qual está positivado, em especial sobre o direito penal, uma vez que, apesar de existirem múltiplos textos, pactos, protocolos de caráter nacional e internacional de proteção a direitos indígenas, observa-se que as violações a esses direitos são constantes.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : RECEBIDO EM 13/07/2011

NOTAS

**1** Fundação Nacional do Índio (Funai). "Cabe esclarecer que esse dado populacional considera tão somente aqueles indígenas que vivem em aldeias, havendo estimativas de que há entre 100 e 190 mil vivendo fora das terras indígenas, inclusive em áreas urbanas. Há também 63 referências de índios ainda não contatados, além de existirem grupos que estão requerendo o reconhecimento de sua condição indígena junto ao órgão federal indigenista.". Disponível em: www.funai.gov.br/. Acesso em: 21 nov. 2011.

**2** Especificamente sobre a capacidade indígena o Código Civil em vigor traz em seu art. 4º, § único, que: "a capacidade civil dos índios será regulada por lei especial" (Brasil, 2002) não fazendo qualquer referência à tutela.

**3** A propósito, vide *Les droits des peuples autochtones et tribaux dans la pratique: un guide sur la Convention n. 169 de l'OIT*, Genebra, OIT, 2009.

**4** A prática de usar o direito indígena ou consuetudinário, desde que não violem os direitos humanos e o direito interno do País, não será discutida neste artigo. Apenas lançaremos um olhar sobre o fio condutor, que é o direito indígena aplicado aos povos indígenas. Tem-se em conta que, até os dias atuais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não foi confrontada ao caso de uma eventual violação dos direitos humanos por práticas culturais, como, por exemplo, algumas penas utilizadas, a questão do infanticídio, castigos corporais, mutilações, dentre outras.

**5** A esse respeito vide "Estando, portanto, eliminada a perspectiva incorporativista, o objetivo final da tutela aos índios deixou de existir. Dessa forma, opera-se evidente incompatibilidade entre a legislação preexistente e a constituição superveniente. A dimensão protetiva da tutela foi substituída pela determinação constitucional atribuída à União Federal para proteger os bens indígenas, no intuito de que sejam respeitados" (Guimarães, 2005, p.14).

**6** Vide 6ª CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Processo CC n. 33303-TO (2001/0125759-9) APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE ENTORPECENTES - CRIME PRATICADO POR ÍNDIO - COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL. "Em face da hodierna ordem constitucional, é de se reconhecer a competência da Justiça Federal para processar e julgar qualquer crime onde figure como autor ou vítima indígena. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/atuacao-do-mpf/acao-civil-publiva/docs_recursos_judiciais/RE_Dra_%20Ela_Wiecko_2002.pdf. Acesso em: 12 nov. 2011.

**7** "... o direito indigenista é o ramo do direito positivo vigente na sociedade nacional que tem por função regulamentar a convivência entre as sociedades indígenas e esta mesma sociedade nacional. O direito indigenista,

portanto, é um direito ocidental ('branco') criado para reger as relações dos indígenas com a sociedade envolvente" (Antunes, 1998, p. 136).

**8** "... conjunto de normas e procedimentos, internos a uma comunidade indígena, que seja capaz de regular as relações no âmbito desta mesma comunidade e que para sua constituição concorram, em maioria, os elementos típicos do modo de vida peculiar e característico dos próprios povos aborígines" (Antunes, 1998, p. 136).

**9** Sobre esse tema literário, vide a obra Galvão, Walnice Nogueira. Indianismo revisitado. *Cadernos de Opinião*, n. 13, ago./set. 1979.

**10** Seguindo o fio histórico da evolução da defesa dos direitos dos povos indígenas, com o advento da Convenção n. 169 da OIT, em 1989, o apoio ao integralismo dos padrões anteriores encontrados na Convenção n. 107 é suprimido, sobre essa discussão vide: BRÖLMANN e ZIECK (1993, p. 203). Entre os fatores justificando a revisão da Convenção n. 107, os autores citam a linguagem paternalista do tratado e o objetivo desatualizado de uma integração progressiva.

**11** Isso se verifica logo, desde a definição das populações indígenas onde são consideradas como tais aquelas "cujas condições sociais e econômicas correspondem a um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional e que sejam regidas, total ou parcialmente, por costumes e tradições que lhes sejam peculiares ou por uma legislação especial" (art. 1º, §1º, *a*) da Convenção n.107 da OIT.

**12** Os votos contra a Declaração vieram de quatro países com uma importante minoria indígena e, coincidentemente ou não, de extrato colonizador anglo-saxão: Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, que negam a existência de um direito ilimitado dos povos indígenas à autodeterminação. Na América do Sul a Colômbia foi o único país que se absteve enquanto o Brasil, apesar de ter sido em vários momentos contra os aspectos da Declaração, trazendo objeções, acabou por votar a favor.

**13** No Mato Grosso do Sul suicídios na adolescência, alcoolismo, assassinatos de lideranças, exploração de mão de obra são fatos sociais que há pelo menos duas décadas são expostos pela mídia sobre os Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul, uma população de 43 mil índios. Na raiz desse drama social não cansam de enfatizar lideranças indígenas e especialistas, encontra-se a questão das terras Kaiowá-Guarani. Segundo Gilberto Azanha, Coordenador Geral do CTI, "Até meados da década de 1980, as terras disponíveis pelo Estado brasileiro para aquela população (20 mil à época, cerca de 2.500 famílias) perfaziam um total de 18.124 hectares, ou seja, cerca de sete hectares por família – quando o módulo mínimo do Incra era de 50 hectares. Passadas duas décadas, este quadro só se agravou. O Estado brasileiro reconheceu, nos anos 1990, mais 21.275 hectares que estão na posse efetiva dos Kaiowá e Guarani no Mato Grosso do Sul, mais que duplicando a área disponível. Porém a população também mais que duplicou, anulando os efeitos positivos daquele acréscimo. Segundo dados da Funasa (2007), as reservas demarcadas pelo Serviço de Proteção aos Índios (SPI) nos anos 1920 seguem abrigando 79% (33.306) da população Kaiowá e Guarani, sendo que 21.543 indígenas, ou 51% desse total, estão concentrados em apenas três Terras Indígenas – Dourados, Amambai e Caarapó – que somam 9.498 hectares de terra. Somente nessas três Reservas Indígenas são 3.000 famílias que dispõem tão somente de três hectares para, literalmente, sobreviverem. Todos os especialistas da questão Kaiowá-Guarani são unânimes em apontar a causa (a falta de terras) e a solução (reconhecer suas terras tradicionais) para que esta parcela da população brasileira – com toda certeza a mais sofrida e vulnerável do país – possa se reorganizar e enfim obter um pouco de paz e almejar a dignidade que merecem" (CTI, 2008).

**14** É importante ressaltar que, com o escopo da efetivação dos Direitos Indígenas, foi possível ocorrer um acompanhamento jurídico mais eficaz aos indígenas do município de Dourados, com a criação do Projeto "Núcleo de Cidadania Dorvalino Rocha", que é desenvolvido na cidade de Dourados, MS, que possui a finalidade de prestar amparo jurídico aos indígenas da região da Grande Dourados. O Projeto Dorvalino Rocha é fruto de um convênio firmado entre a então Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República e o Centro de Defesa da Cidadania e dos Direitos Humanos Marçal de Souza Tupã-i (CDDH).

**15** A situação se agrava ao se verificar que a Funai em Dourados não possui a estrutura básica (jurídica) para atender à população indígena na região da Grande Dourados, que é a mais numerosa do Mato Grosso do Sul, contando com aproximadamente 20.000 indivíduos (CTI, 2008).

**16** vide Antunes (1998); Santos Filho (2005); Barreto (2003).

**17** "Art. 8º – Ao aplicar a legislação nacional os povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário [...] Art. 10º Quando as sanções penais sejam impostas pela legislação geral a membros dos povos mencionados, deverão ser levadas em conta as suas características econômicas, sociais e culturais."

**18** "A eventual inimputabilidade de um silvícola somente será reconhecida se, mediante perícia, ficar demonstrado que o réu possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado" (TACRIM-SP-AC-Rel. Heitor Prado-BJM 67/10 e RJD 2/98). "Na cláusula de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, prevista no art. 22 do CP (atual 26), pode situar-se o silvícola, desde que fique demonstrada sua inadaptação à vida do meio civilizado" (STF- HC- Rel. Djaci Falcão-RDP/2/110). "O eminente Prof. Anibal Bruno, cuidando dos portadores de deficiência mental incompleta ou retardada, ministra a seguinte lição: "... a essas categorias de insuficientes devem ser assimilados os silvícolas não ajustáveis ao nível cultural da vida civilizada. Não há nada aí de patológico, ou teratológico, é claro, mas a ausência de adaptação à vida social do nosso nível, as normas complexas que a regulam, e aos critérios de valores dos nossos julgamentos, além da existência de certas tonalidades dos processos psíquicos desses indivíduos e de certos complexos afetivos, que os dirigem e os opõe em condição de incapacidade de entendimento e orientação volitiva na qualidade e grau exigido pelo Código" (Direito Penal, 2. ed., vol.I, t. II/137)"(TJSC-HC-Rel. Marcilio Medeiros-RT).

**19** "Inimputáveis: Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento."

**20** "Art. 8º. 1. Os povos e as pessoas indígenas têm o direito de não sofrer da assimilação forçosa ou a destruição da sua cultura. 2. Os Estados estabelecerão mecanismos efetivos para a prevenção e o ressarcimento de: a) Todo o ato que tenha por objeto ou consequência privá-los de sua integridade como povos distintos ou de seus valores culturais, ou sua identidade étnica. d) Toda forma de assimilação e integração forçada."

**21** 1- *Los Estados reconocerán la [competencia] de las autoridades de los pueblos indígenas para ejercer [funciones jurisdiccionales] dentro de su ámbito territorial de conformidad con sus propias normas, institucionales y procedimientos. Los pueblos indígenas tienen el derecho a mantener [controlar] y reforzar sus sistemas jurídicos para el tratamiento de los asuntos internos que afectan sus derechos e interés, y de aplicarlos según sus propias normas y procedimientos.* 2- *El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por la orden jurídico-nacional [e internacional].*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL. Reserva de Dourados tem maior concentração de índios do país. Disponível em: www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/12/19/ materia.2007-12-19.0041900324/view. Acesso em: 20 set. 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Ação Civil Pública, meio ambiente e terras indígenas*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 1998.

AZEVEDO, Marta. Censos Demográficos e os "índios": dificuldades para reconhecere contar. In: Carlos Alberto Ricardo. (Ed.) *Povos índigenas no Brasil – 1996/2000*. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2000.

BARBOSA, Marco Antonio. *Autodeterminação: Direito à diferença*. São Paulo: Plêiade/ Fapesp, 2001.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos Indígenas. Vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2003.

BARTH, Fredrik. (Org.). *Los grupos étnicos y sus fronteras*. Cidade do México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 6. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

BRAND, Antônio. Os Kaiowá/Guarani no Mato Grosso do Sul e o processo de confinamento – a "entrada de nossos contrários". In: Conselho Indigenista Missionário; Comissão Pró-Índio; Ministério Público Federal. (Org.) *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 93-131.

BRASIL. Decreto-lei n. 2.848, 7 de., 1940. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código Penal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 11 mai. 2011.
BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 11 mai. 2011.
BRASIL. Projeto de Lei 2057/1991, que cria o Estatuto das Sociedades Indígenas. Câmara dos Deputados. Disponível em: www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569. Acesso em 19 jun. 2011.
BRASIL. Senado Federal. Subsecretaria de Informações. Decreto legislativo n. 143, 2002. Aprova o texto da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre os povos indígenas e tribais em países independentes. Disponível em: www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=234865. Acesso em: 7 jul. 2011.
BRASIL. Código civil. Lei n. 10.406, 10 jan. 2002. Presidência da República, Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 jun. 2011.
BRÖLMANN, Catherine; ZIECK, Marjoleine, *Indigenous Peoples*. In: Catherine; LEFEBER, René Brölmann; Marjoleine Zieck. (Eds.) *Peoples and Minorities in International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. v. 1. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997. 3 v.
CASTILHO, E. W. V.; PARANHOS, F. Violência na Terra Indígena Sororó. Nota Técnica, Brasília, 6ª Câmara de Coordenação e Revisão, Ministério Público Federal, 2003.
CASTILHO, M. L. V. A competência nos crimes praticados por ou contra indígenas. Disponível em: www.ajufergs.org.br/revistas/rev01/01_dr_volkmer.pdf. Acesso em 21 nov. 2011.
CENTRO DE TRABALHO INDIGENISTA (CTI). Situação dos Detentos Indígenas do Estado de Mato Grosso do Sul. Brasília, 2008.
CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). Território Tradicional dos Guarani/Kaiowá no Estado do Mato Grosso do Sul. In: Conselho Indigenista Missionário; Comissão Pró-Índio; Ministério Público Federal. (Orgs.) *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
DALLARI, Dalmo de Abreu. In: Conselho Indigenista Missionário; Comissão Pró-Índio; Ministério Público Federal. (Org.) *Conflitos de direitos sobre as terras Guarani Kaiowá no estado do Mato Grosso do Sul*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
DÍAZ-POLANCO, Héctor. *Elogio de la Diversidad: Globalización, Multiculturalismo y Etnofagia*. México: Siglo XXI, 2006.
DUPRAT, Deborah, Procuradoria da Republica em Mato Grosso do Sul : Deborah Duprat (vice-PGR): A reserva de Dourados é talvez a maior tragédia conhecida na questão indígena em todo o mundo. Disponível em: http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/encontros/xi-encontro/entrevista-dra-deborah-questao-indigena-e-presidio-federal-em-campo-grande. Acesso em: 10 nov. 2011.
GUIMARÃES, Paulo Machado. Os efeitos da detração penal sobre os direitos dos povos indígenas. Disponível em: www.cimi.org.br/?system=news&action=read&id=316&eid=262.> Acesso em: 12 set. 2010.
_____. Curso de Extensão "Direito indigenista para acadêmicos índios de MS". Brasília-DF, 2002.
FAJARDO, Raquel Yrigoyen. *Pautas de Coordinación entre el Derecho Indígena y el Derecho Estatal*. Guatemala: Fundacion Myrna Mack, 1999
FERREIRA DE LIMA, Marcos Homero. Perícia antropológica realizada para o Ministério Público do Trabalho, MPF, Procuradoria da República em Dourados, 2007.
GALVÃO, Walnice Nogueira. Indianismo revisitado. *Cadernos de Opinião*, n. 13, ago./set. 1979.
GOMEZ, Magdalena. Derecho indígena y constitucionalidad. In: Milka Castro. (Org.) Actas del XII Congreso Internacional de Ciências Antropológicas y Etnológicas. Comisión de Derecho Consuetudinário y Pluralismo Legal, 2000.
ITURRALDE, Diego. Tierras y territorios indígenas. Discriminación, inequidad y exclusión. Documento del UNRISD presentado a la Conferencia Mundial Contra el Racismo, Durban, sep., 2001
JIMÉNEZ, Emiliano Borja. *Introducción a los Fundamentos del Derecho Penal Indígena*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
LACERDA, Rosane. Seleção de instrumentos internacionais de direitos humanos relativos a povos indígenas. Curso de Extensão "Direito indigenista para acadêmicos índios de MS". Brasília-DF, out. 2007.

LEITÃO, Ana Valéria Nascimento Araújo. Direitos Culturais dos povos Indígenas – Aspectos do seu reconhecimento. In: Juliana Santilli. *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: NDI/Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 225-240.
INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (ISA). Povos Indígenas no Brasil: Guarani Kaiowá. Disponível em: http://pib.socioambiental.org/pt/povo/guarani-kaiowa. Acesso em: 25 jun. 2011.
MAIA, C.; OLIVEIRA DO PRADO, R. C., As Organizações Internacionais e a Proteção dos Povos Indígenas no âmbito do Direito Internacional: O Caso do Brasil. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto. Ano 1, n. 1, (s. p.) Porto: Editora da Universidade Lusófona do Porto, 2012. (no prelo).
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Convenção 169 da OIT Sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes. In: MAGALHÃES, Edvard Dias (Org.). Legislação Indigenista Brasileira e Normas Correlatas. 3. ed. Brasília: Funai/CGDOC, 2005, 700 p., p. 620-24.
ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). Peuples Indigènes et Tribaux. Conventions. Disponível em: www.ilo.org/indigenous/Conventions/lang—fr/index.htm. Acesso em: 24 jun. 2011.
PACHECO, Rosely Aparecida Stefanes. Direito Indígena: da pluralidade cultural a pluralidade jurídica. Revista Tellus, Núcleos de Estudos e Pesquisas das Populações Indígenas – NEPPI, Campo Grande, a. 6, n. 11, p. 35-38, out. 2006.
_____. Mobilizações Guarani – Kaiowá Ñandeva e a (Re)construção de Territórios: (1978-2002) Novas Perspectivas para o Direito Indígena. Dissertação, Mestrado em História. UFMS, Dourados, MS, 2004.
PACHECO, Rosely Aparecida Stefanes; VERGÍLIO, Ezequias. Por um direito à diferença: a situação jurídico-penal dos presos indígenas kadwéu em Mato Grosso do Sul. In: II Seminário Internacional: Fronteiras Étnico-Culturais E Fronteiras Da Exclusão – Práticas Educativas Num Contexto Intercultural. Campo Grande, UCDB, 2006.
PIOVESAN, Flavia. Apresentação. In: Jayme Benvenuto Lima Júnior. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 01-12.
RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização – A integração das populações indígenas no Brasil Moderno.* Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.
SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade*. São Paulo: Cortez, 1995.
SANTOS, Silvio Coelho dos. *Povos indígenas e a Constituinte*. Florianópolis: Ed. da UFSC/Movimento, 1989.
SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o Direito Indigenista*. Curitiba: Juruá, 2005.
SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 828.
SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2005.
STAVENHAGEN, R. *Ethnic Conflicts and the Nacion-State*. Nova York: UNRISD, 1996.
_____. Los derechos culturales y los derechos colectivos en tiempos de Globalización. In: Ingrid Van Beuren; Oscar Soto Badillo. *Derechos Humanos y Globalización alternativa: una perspectiva Iberoamericana*. Puebla México: Universidad Ibero Americana, 2004.
WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tratado Lógico-Filosófico/ Investigações Filosóficas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.

# Anexos

## Listas de presos indígenas da penitenciária Harry Amorin Costa (Dourados, MS)

**GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL**
**SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PUBLICA**
**AGENCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇÃO DO SISTEMA PENITENCIARIO**
**PENITENCIÁRIA HARRY AMORIN COSTA - DOURADOS - MS**

**RELAÇÃO NOMINAL DE INDIGENAS DESTA UNIDADE PENAL**

| Nº | N O M E | NASC. | NATURALIDADE | ALDEIA/ETNIA | ESCOLARIDADE | PRISÃO | ARTIGO | PENA |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | ADEMAR ALMEIDA | 27/3/1991 | CAARAPO/MS | BORORO/KAIUA | Med Inc. | 12/8/2009 | ART 33 lei 11.343/2006 | 04A 4M |
| 2 | ALBERTO FERREIRA | 30/12/1978 | DOURADOS/MS | BORORO/ | Alfabetizado | 28/8/2010 | ART 217 -A DO CP | não disp. |
| 3 | ANDERSON GARÇA FLORES | 3/9/1998 | DouradosMS | JAGUAPIRU | Fund. Inc. | 16/11/2009 | ART 121 DO CP | não disp. |
| 4 | ANDERSON GONÇALVES DA SILVA | 5/6/1980 | DOURADOS/MS | BORORO/KAIUA | Fund.Inc. | 14/4/2010 | ART 157 C/C ART.14 DO CP | não disp. |
| 5 | ANGELITO ALVES DA SILVA | 15/11/1990 | DOURADOS/MS | BORORO/KAIUA | Fund.Inc. | 28/6/2010 | ART 155 DO CP | 04A 06M |
| 6 | ASTOR ALVES DA SILVA | 10/2/1958 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | Fund.Inc. | 28/6/2010 | ART 213 DO CP | 07A 06M |
| 7 | CELINO JENITES | 29/1/1990 | AMAMBAI/MS | | Fund.Inc. | 19/8/2008 | (2X)ART 157 CAPUT § 2º, (2X)ART 244 DO ECA E ART 33 D | 05A 06M |
| 8 | CLEOMAR SARATE ARCE | 20/2/1986 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | Analfabeto | 4/9/2007 | ART 129 DO CP | 07A 06M |
| 9 | DELIO JUCA PEDRO | 18/2/1976 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/GUARANI | Fund.Inc. | 11/11/2007 | 214 C/C 224 "a", 1216 2º DO CPB | 17A 06M |
| 10 | EDIR RODRIGUES | 25/7/1988 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | Analfabeto | 5/4/2010 | ART 213 C/C 14 DO CP | não disp. |
| 11 | EDMAR CENTURIÃO | 11/12/1979 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/GUARANI | Fund.Inc. | 4/11/2008 | quebra de benef. 213 E 121 DO CPB | 19A |
| 12 | ELIEL REGINALDO DA SILVA | 9/12/1988 | DouradosMS | JAGUAPIRU/TERENA | Fund.Inc. | 19/5/2010 | ART 121 | não disp. |
| 13 | EUGENIO VERA GONÇALVES | 25/12/1941 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/KAIUA | Fund.Inc. | 29/2010 | ART 213 C/C 224 CAPUT C/C ART 226 E QUEBRA DE REGI | 04A 05M |
| 14 | FABRICIO GONÇALVES JUCA | 19/1/1988 | CaarapoMS | JAGUAPIRU | Fund.Comp. | 8/10/2006 | ART 157§ 3º C/C 211 DO CPB | 26A |
| 15 | FLAVIO FERNANDES RICARTE *Med de Segurança* | 10/12/1989 | DOURADOS/MS | BORORO | Fund.Inc. | 21/8/2008 | ART 121 do CP - Medida de Segurança? | 01A |
| 16 | GILBERTO FERNANDES RICARTE | 29/11/1991 | DOURADOS/MS | BORORO/KAIUA | Alfabetizado | 27/9/2010 | ART 121 C/C ART 14 DO CP | não disp. |
| 17 | INGRAEL DA SILVA VIEIRA | 18/9/1988 | DouradinaMS | KAIUA | Fund. Inc. | 3/12/2009 | ART 213 C/ C ART 224 DO CP | 07A 06M |
| 18 | ISAC VILHALVA | 1/8/1991 | CAARAPO/MS | TEY KUE/GUARANI | Alfabetizado | 22/8/2010 | ART 217 -A DO CP | não disp. |
| 19 | JANIEL MACHADO FIGUEREDO | 20/10/1980 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | Fund.Inc. | 25/2/2010 | ART 157 § 1º | não disp. |
| 20 | JOANIL FREITAS | 10/7/1989 | TACURU/MS | | Fund.Inc. | 3/11/2008 | ART 155 E ART 214 DO CP | 07A 03M |
| 21 | JOÃO RAMIRES OU JOAO BATISTA RAMIRES | 2/11/1967 | DOURADOS/MS | BORORO/KAIUA | Analfabeto | 5/4/2009 | ART 213 E 214 CP | 16A |
| 22 | JOSE CARLOS MOREIRA ECHEVERRIA | 1/8/1978 | JARDIM/MS | TERENA | Alfabetizado | 8/9/2009 | ART 213 C/C ART 224 C/C ART.129 DO CP, ART.147 E ART | 09A 11M |
| 23 | JOSINO RICARTE FERNANDES | 30/11/1985 | DOURADOS/MS | BORORO | Alfabetizado | 27/3/2010 | ART 121 C/C ART 14 DO CP | não disp. |
| 24 | JOSUE RAMIRES | 18/6/1979 | CAARAPO/MS | TEY KUE/KAIUA | Fund.Inc. | 3/9/2009 | ART 213 C/C ART 224 DO CP | não disp. |
| 25 | LAUCIDIO VELASQUES | 28/1/1990 | DouradosMS | TERENA | Fund.Inc. | 29/1/2010 | ART 213 C/C ART 14 DO CP | 16A |
| 26 | LAUDINEI ALZIRO JORGE | 2/8/2009 | Douradina - MS | KAIUA | Fund.Comp. | 2/8/2009 | 213 c/c 14,II do CP | 02A 06M |
| 27 | MARCIO LOPES ARAUJO | 20/7/1989 | PONTA PORA/MS | KAIUA | Fund.Inc. | 24/7/2010 | ART. 155 § 4º E QUEBRA ART.155 C/C 14 DO CP | 09M 21D |
| 28 | MOACIR BENITES MORALES | 12/4/1964 | DOURADOS/MS | GUARAKAY/TERENA | Alfabetizado | 11/2/2010 | QUEBRA DE REGIME ART.121 DO CP | 29A 09M |
| 29 | NELSON ARAUJO | 23/3/1986 | PONTA PORA/MS | KAIUA | Fund.inc. | 06/8/2009 | ART. 214 DO CP | não disp. |
| 30 | ORLANDO GONCALVES | 15/10/1973 | SANGUA PUITA/MS | LIMAO VERDE | Fund.inc. | 9/9/2005 | Art. 12, c/c 18, II da lei 6368/76 E (2X)ART.155 DO CP | 16A 01M |
| 31 | OVIDIO VILHALVA | 10/1/1990 | DOURADOS/MS | BORORO/GUARANI | Fund.inc. | 9/11/2009 | ART 121, 129 E ART 329 DO CP | não disp. |
| 32 | PAULO BENITES | 7/1/1988 | AMAMBAI/MS | LIMAO VERDE | Fund.inc. | 17/12/2005 | ART 157 § 3º DO CPB | 24A 09M |
| 33 | PAULO ROGERIO CAMARGO DA SILVA | 28/1/1975 | JARDIM/MS | | Fund.inc. | 29/11/2005 | ART 121 § 2º DO CP | 22a 10m |
| 34 | ROGERIO HURTO JORGE | 30/11/1985 | DouradinaMS | GUARANI | Fund. Inc. | 3/12/2009 | art. 213,224,caput "c" do CP | 07A 06M |
| 35 | ROSINEI MARTINS | 13/5/1989 | AMAMBAI/MS | | Fund.Inc. | 28/8/2007 | ART 157 § 3º C/C ART.14 CPB | 03A 10M |
| 36 | SAMUEL MARTINS VARGAS | 16/8/1988 | DAIANH/MS | KAIUA | Analfabeto | 11/11/2009 | Quebra de regime 12 lei 6368/76, art. 157 §2 II CP | 04A 06M 10D |
| 37 | SEBASTIÃO BARBOSA | 7/4/1948 | CAARAPO/MS | KAIUA | Analfabeto | 4/8/2009 | Quebra de regime 214 2º CPB E ART.121 C/C 14 DO CP | 29A 06M |
| 38 | SERGIO DA SILVA | 5/6/1985 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | Alfabetizado | 26/8/2009 | ART 214 DO CP | não disp. |
| 39 | SILVINHO DIAS | 28/7/1978 | DOURADOS/MS | BORORO/KAIUA | Fund.Inc. | 21/3/2010 | ART 121 C/C ART 14 DO CP | não disp. |
| 40 | VACILIO DA SILVA BENITES | 24/4/1985 | CORONEL SAPUCAIA/TAQUAFERI | | Analfabeto | 15/11/2006 | ART 157, § 3º DO CPB E ART 1º C/C ART. 2º § 1 E 3º DA LEI | 25A |
| 41 | VANDERLEI PEDRO MARIANO DE LIMA | 29/12/1970 | DOURADOS/MS | LAGOA RICA | Fund.Inc. | 2/8/2009 | ART 213 C/C 224 E 136, ART 147 DO CP | 16A 09M |

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL
SECRETARIA DE ESTADO DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PUBLICA
AGENCIA ESTADUAL DE ADMINISTRAÇAO DO SISTEMA PENITENCIARIO
PENITENCIARIA HARRY AMORIN COSTA - DOURADOS - MS

RELAÇÃO NOMINAL DE INDIGENAS DESTA UNIDADE PENAL

| Nº | N O M E | NASC. | NATURALIDADE | ALDEIA/ETNIA | PRISÃO | ARTIGO | PENA | AUTOS |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1 | ANDERSON GARCIA FLORES | 03/09/1988 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | 16/11/2009 | ART.121 § 2º DO CP | 15A | 0006312-93.2011.8.12.0002 |
| 2 | ADILSON MACHADO | 27/10/1976 | DOURADOS/MS | BORORÓ/TERENA | 14/05/2011 | ART.121 DO CP | não disp. | 0005609-85.2011.8.12.0002 |
| 3 | AGENOR RAMOS | 11/02/1971 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 10/06/2011 | ART.33 E 40 DA LEI 11.343/06 E ART.12 E 18 DA LEI 10.826/03 | não disp. | IPL 0106/2011-4-DPF/DRS/MS |
| 4 | ARINDO ALESSANDRO ROCHA | 23/03/1987 | DOURADOS/MS | KAIUA | 23/06/2011 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | FLAGRANTE 2275/11-DEPACIDOS/MS |
| 5 | ARISTIDES SOARES | 05/05/1976 | DOURADOS/MS | BORORÓ | 19/04/2009 | ART.121 § 2º DO CP | 13A06M | 002.07.012810-5 |
| 6 | ASTOR ALVES DA SILVA | 10/02/1958 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 28/06/2010 | ART.213 C/C 224 DO CP | 07A 06M | 0006532-38.2004.8.12.0002 |
| 7 | BRUNO VARGAS | 22/04/1944 | DOURADOS/MS | BORORÓ/GUARANI | 07/06/2011 | QUEBRA DE REGIME ART.121 DO CP | 17A 06M | 002.09.005717-3 |
| 8 | CATALINO CABRAL | 05/05/1985 | LAGUNA CARAPÃ/MS | KAIUA | 23/04/2010 | ART.33 E 35 DA LEI 11.343/06 | 12A | 0007141-74.2011.8.12.0002 |
| 9 | CELINO BENITES | 29/01/1990 | AMAMBAI/MS | KAIUA | 19/09/2008 | (2X)ART.157 CAPUT § 3º, (2X)ART.244 DO ECA E ART.33 DA LEI 11.343 | 55A 06M | 002.10.002557-0 |
| 10 | CELSON MARTINS | 28/06/1979 | PARANHOS/MS | PIRAJUÍ/GUARANI | 19/10/2010 | QUEBRA DE REGIME ART.157 DO CP | 16A | 002.07.000515-1 |
| 11 | CLAUDENILSON GONÇALVES DA SILVA | 18/12/1981 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | 27/02/2011 | ART. 129 § 1º e 2º CP | não disp. | 0001006-85.2007.8.12.0002 |
| 12 | DEILO JUCA PEDRO | 18/02/1976 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/GUARANI | 11/11/2007 | 214 C/C 224 "a", 121§ 2º DO CPB | 27A 06M | 0017100-40.2009.8.12.0002 |
| 13 | DIONIZIO ORTEGA | 09/12/1970 | MUNDO NOVO/MS | ALDEIA PORTO LINDO/GUA | 16/03/2011 | ART.213 C/C 226 DO CP | 10A | 0005312-58.2011.8.12.0002 |
| 14 | EDIR RODRIGUES | 25/07/1968 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 05/04/2010 | ART.213 C/C 14 DO CP | não disp. | 0015982-29.2009.8.12.0002 |
| 15 | EDSON LOPES | 05/12/1988 | ANGELICA/MS | | 14/02/2011 | ARTIGO 129 E 147,CAPUT DO CP | 01A 04M | 023.10.000953-3 |
| 16 | ESTEFANO ORTIZ BENITES | 24/04/1987 | DOURADOS/MS | BORORÓ | | Art. 12 c/c 14 da lei 6368/76 E (Quebra de Regime) | 03A 01M | 002.07.005023-8 |
| 17 | FABRICIO GONÇALVES JUCA | 19/01/1988 | CAARAPO/MS | JAGUAPIRU | 08/10/2006 | ART.157§ 3º C/C 211 DO CPB | 26A | 002.08.004472-9 |
| 18 | FELIX CEPRE | 14/01/1970 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/KAIUA | 19/09/2010 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | 0013702-51.2010.8.12.0002 |
| 19 | FERNANDO AUGUSTO PONTES MAMEDE | 23/03/1990 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 03/07/2011 | ART.213 C/C 14 DO CP | não disp. | 0007311-46.2011.8.12.0002 |
| 20 | FLAVIO FERNANDES RICARTE Med.de Segurança | 10/12/1989 | DOURADOS/MS | BORORÓ | 21/08/2008 | ART. 121 do CP - Medida de Segurança? | 01A | 0012452-17.2009.8.12.0002 |
| 21 | FRANCISCO RAMOS | 04/10/1980 | ARAL MOREIRA | | 01/07/2008 | ART.157 § 3º CPB | 26A 06M | 004.08.002609-9 |
| 22 | GEOVANI RAMOS BERTOLINO | 12/05/1986 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 10/06/2011 | ART.33 DA LEI 11.343/06 | não disp. | 0203606-90.2010.8.12.0002 |
| 23 | GILBERTO FERNANDES RICARTE | 29/11/1991 | DOURADOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 27/03/2010 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | 0004521-26.2010.8.12.0002 |
| 24 | INGRAEL DA SILVA VIEIRA | 18/09/1988 | DOURADINA/MS | KAIUA | 03/12/2009 | ART.213 C/C ART.224 DO CP | 07A 06M | 0002238-45.2010.8.12.0002 |
| 25 | ISAC VILHALVA | 01/08/1991 | CAARAPO/MS | TEY KUÉ/GUARANI | 22/08/2010 | ART.217 -A DO CP | 12A | 000774-50.2011.8.12.0002 |
| 26 | JANIEL MACHADO FIGUEIREDO | 29/10/1980 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 25/02/2010 | ART.157 § 1º | não disp. | 0010799-24.2002.8.12.0002 |
| 27 | JAZIEL MACHADO FIGUEIREDO OU JOZIEL FIGUEIREDO | 10/10/1978 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 01/05/2011 | QUEBRA REGIME ART.14 DA LEI 10.826/03 | 02A 10D | 0006054-88.2008.8.12.0002 |
| 28 | JOAO RAMIRES OU JOAO BATISTA RAMIRES | 02/01/1967 | DOURADOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 05/04/2009 | ART. 217-A | 16A 08M | 002.06.014898-7 |
| 29 | JOSINO RICARTE FERNANDES | 30/11/1985 | DOURADOS/MS | BORORÓ | 27/03/2010 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | 002.10.004521-0 |
| 30 | JOSUE RAMIRES | 18/05/1979 | CAARAPO/MS | TEY KUÉ/KAIUA | 03/09/2009 | ART.213 C/C ART.224 DO CP | não disp. | 0013669-61.2010.8.12.0002 |
| 31 | LAUCIDIO VELASQUES | 28/01/1980 | DOURADOS/MS | TERENA | 29/01/2010 | ART.213 C/C 223 DO CPB e Quebra de Regime | 15A | 0009697-59.2005.8.12.0002 |
| 32 | LUCIMAR IZIDORO FERNANDES | 26/10/1986 | IVINHEMA/MS | KAIUA | 24/02/2011 | ART.33 DA LEI 11.343/06 | não disp. | 002.09.002796-7 |
| 33 | MARCIO LOPES DE ARAUJO (INDIGENA) | 20/07/1989 | PONTA PORA/MS | KAIUA | 23/06/2011 | ART.155 § 4º E QUEBRA REGIME ART.155 C/C 14 DO CP | 02A 07M | 0011019-41.2010.8.12.0002 |
| 34 | MARCOS VINICIUS GARCIA | 25/12/1985 | CAMPO GRANDE/MS | DOURADOS/MS | 04/11/2010 | ART.157§ 2º DO CP E ART.12 DA LEI 6368/76 E QUEBRA DE REGIME | 10A 05M | 0009011-67.2005.8.12.0002 |
| 35 | MARIO MARCIO DA SILVA FERNANDES | 12/05/1977 | DOURADOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 28/10/2010 | QUEBRA DE REGIME ART.129 § 9º E ART.147 DO CP | 01A 10M | 0007692-59.2008.8.12.0002 |
| 36 | MARIZEU ROSSATE | 13/04/1982 | AMAMBAI/MS | KAIUA | 04/09/2010 | ART.33 DA LEI 11.343/06 | 04A02M | 0006837-75.2011.8.12.0002 |
| 37 | NELSON ARAUJO | 23/03/1966 | PONTA PORA/MS | KAIUA | 06/0/200 | ART.214 C/C ART 224 C/C ART.226 DO CP | 10A 06M | 002.08.015954-2 |
| 38 | NIVALDO CARIO SOUZA | 04/03/1975 | CAARAPO/MS | KAIUA | 11/06/2011 | ART.33 DA LEI 11.343/06 | não disp. | 0006666-21.2011.8.12.0002 |
| 39 | ODEIR RAMOS | 07/09/1967 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU/TERENA | 10/06/2011 | ART.33 E 40 DA LEI 11.343/06 | não disp. | IPL 0108/2011-4-DPF/DRS/MS |
| 40 | ORLANDO BENITES SORRILHA | 31/02/1971 | AMAMBAI/MS | TEY KUÉ/KAIUA | 10/05/2011 | ART.121 DO CP | não disp. | 0002353-77.2008.8.12.0031 |
| 41 | OVIDIO VILHALVA | 10/01/1990 | DOURADOS/MS | BORORÓ/GUARANI | 09/11/2009 | ART.121, 129 E ART 329 DO CP | 13A 04M | 0015458-32.2009.8.12.002 |
| 42 | PAULO ROGERIO CAMARGO DA SILVA | 26/01/1975 | JARDIM/MS | | 29/11/2005 | ART.121 § 2º DO CP | 22A 10M | 02.07.009409-0 |
| 43 | RAMAO VELASQUEZ | 29/08/1574 | DOURADOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 05/04/2011 | ART.214 DO CP | 12A | 0004750-49.2011.8.12.0002 |
| 44 | RENATO MORALES RIBEIRO | 25/05/1964 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | 09/03/2011 | ART.129 do CPB | 03A | 002.09.011453-3 |
| 45 | RODRIGO ORTIZ MARTINS | 21/05/1993 | DOURADOS/MS | BORORÓ/GUARANI | 18/06/2011 | ART.33 DA LEI 11.343/06 | não disp. | IPL 0113/2011-4-DPF/DRS/MS |
| 46 | ROGERIO HIRTO JORGE | 30/11/1985 | DOURADINA/MS | KAIUA | 03/12/2009 | art. 213,224 caput "c" do CP | 07A 06M | 0002335-30.2010.8.12.0002 |
| 47 | ROSENILDO MARTINS | 23/05/1989 | AMAMBAI/MS | GUARANI | 28/08/2007 | ART.157 § 3º C/C ART.14 CPB | 13A 10M | 0008002-31.2009.8.12.002 |
| 48 | SABINO BENITES | 18/02/1966 | PARANHOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 11/11/2009 | Quebra de regime 12 lei 6368/76 art. 157 §2 II CP | 09A 08M | 002.05.102328-0 |
| 49 | SAMUEL MARTINS VARGAS | 20/08/1988 | DOURADOS/MS | KAIUA | 20/04/2010 | Quebra de Regime Art.250 § 1º e ART.121 C/C 14 DO CP | 04A 05M 1 | 0008595-94.2008.8.12.0002 |
| 50 | SEBASTIAO BARBOSA | 07/04/1982 | CAARAPO/MS | KAIUA | 04/06/2009 | ART.121§ 2º DO CP E ART.155 DO CP | 23A | 002.10.204466-1 |
| 51 | SERGIO DA SILVA | 05/08/1965 | DOURADOS/MS | JAGUAPIRU | 26/08/2009 | ART.214 DO CP | não disp. | 002.06.014673-9 |
| 52 | SILVINHO DIAS | 28/07/1978 | DOURADOS/MS | BORORÓ/KAIUA | 21/03/2010 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | 0003540-31.2009.8.12.0002 |
| 53 | VAGNER PEIXOTO LULU | 10/09/1982 | AQUIDAUANA/MS | LIMAO VERDE/TERENA | 09/02/2011 | ART.33 E 40 DA LEI 11.343/06 | não disp. | 0003491-25.2011.4.03.60 05 |
| 54 | VANDERLEI PEDRO MARIANO DE LIMA | 29/12/1970 | DOURADOS/MS | LAGOA RICA | 02/06/2009 | ART.213 C/C 224 E 136, ART.147 DO CP | 18A 09M | 0010416-75.2004.8.12.0002 |
| 55 | ZICO ESPINDOLA | 10/10/1978 | DOURADOS/MS | BORORO | 07/11/2010 | ART.121 C/C ART.14 DO CP | não disp. | 0204553-47.2010.8.12.0002 |

*Rosely Aparecida Stefanes Pacheco*

Professora titular da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

Especialista em Antropologia Jurídica pela Universidad de Chile e é Doutoranda em Direito, linha de pesquisa Direito Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR)

Graduada em Direito e História, com mestrado em História, linha de pesquisa História Indígena pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS)

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*roselystefanes@gmail.com*

*Rafael Clemente Oliveira do Prado*

Advogado graduado em Ciências Jurídicas pela Fundação Universidade da Região de Joinville (Univille)

Mestre (LLM) em Direito Ambiental pela Universitat Rovira i Virgili, de Tarragona, Espanha

Ex-aluno da Academia de Direito Internacional da Haia

Pesquisador visitante no Departamento de Direito Internacional Público e Organizações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Genebra, Suíça

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*pradojus@gmail.com*

*Ezequias Vergilio Kadwéu*

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (UEMS)

Pertence a etnia indígena kadwéu

Rodovia Dourados/ Itahum, Km 12
Aeroporto – 79825–070
Caixa-Postal 351
Dourados – MS – Brasil
*kadiweu_ezequias@hotmail.com*

# ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS INTERNACIONALES SOBRE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: INCIDENCIA EN CUBA [1]

*Liudmila Morán Martínez*

*ANALYSIS OF INTERNATIONAL PROVISIONS ABOUT TECHNOLOGY TRANSFER: INCIDENCE ON CUBA*

**RESUMO**

Este artículo refiere el análisis sobre la transferencia de tecnología en el seno de varias Organizaciones internacionales desde la perspectiva del derecho de la propiedad industrial. Se muestran los esfuerzos que se han realizado en el ámbito internacional por lograr un instrumento multilateral con fuerza jurídica obligatoria sobre los aspectos de transferencia de tecnología, que ha quedado reducido a un mínimo grupo de disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre los ADPIC. Asimismo, se realiza un análisis crítico de las ventajas de este conjunto de normas para los países en desarrollo, y su contribución a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología. En este artículo también se valora la transferencia de tecnología desde dos vertientes: la perspectiva legislativa y el punto de vista práctico, a partir de un diagnóstico que se realizó con la finalidad de analizar el nivel de conocimiento entre los negociadores que se involucran en este tipo de negocios. Por último, también se determina si las condiciones que se establecen en este tipo de contratos son favorables para el desarrollo tecnológico y económico cubano.

**PALAVRAS-CHAVE**

Transferencia de Tecnología; Organizaciones Internacionales; Acuerdo sobre los ADPIC; OMPI; contratos de licencias; propiedad industrial.

***ABSTRACT***

*This article discusses the treatment applied within various international organizations on the transfer of technology from the perspective of industrial property. Efforts have been made internationally to achieve a multilateral legally binding on those aspects of technology transfer, and this was reduced to a minimum set of provisions contained in the TRIPS Agreement. The author performed a critical analysis of the advantages of this set of rules for developing countries and their contribution to the promotion of technological innovation and transfer and dissemination of technology. This article also assesses the transfer of technology in two ways from the legislative perspective and from a practical standpoint, from a diagnosis that was made in order to analyse the level of knowledge among the negotiators to engage in this type of business, and if the conditions set forth in these contracts are favourable for the Cuban technological and economic development.*

***KEYWORDS***

*Ttechnology transfer; International Organizations; TRIPs Agreement; WIPO; licenses agreements; industrial property.*

## Introducción

La arquitectura de los derechos de propiedad intelectual se ha hecho compleja, sobre todo a raíz de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad

intelectual relacionados con el comercio (ADPIC) en 1995. Los derechos de propiedad intelectual, así como su transferencia, constituyen actualmente un capítulo esencial de las negociaciones comerciales internacionales, bilaterales y regionales.

En torno a la problemática de la transferencia de tecnología, específicamente, se han suscitado debates en varias organizaciones internacionales. Se destacan los esfuerzos en el seno de la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

El objetivo que persigue este trabajo radica precisamente en realizar una valoración crítica sobre este tema con la finalidad de ver cuál es el alcance de las disposiciones sobre transferencia de tecnología en los instrumentos jurídicos internacionales. Valorar el papel que han jugado los países en desarrollo en estos foros, los reclamos que se han realizado y qué ventajas le ha proporcionado a nuestros países las condiciones sobre transferencia de tecnologías establecidas en los diferentes foros Internacionales.

Se realizó un diagnóstico sobre una muestra seleccionada de contratos de transferencia de tecnología (específicamente, de contratos de licencias de propiedad industrial), con la finalidad de observar el comportamiento de este tipo de negociaciones en el contexto cubano y así reforzar las decisiones estratégicas que se deben tomar al respecto.

## 1 Evolución de la transferencia de tecnología a la luz de las organizaciones internacionales

### 1.1 Su tratamiento en el seno de la UNCTAD

Los esfuerzos dirigidos a lograr una regulación internacional de la transferencia de tecnología en el seno de la UNCTAD[2] quedaron plasmados en un conjunto de documentos que comprende el período entre 1960 y 1975.

El proyecto de Código Internacional de Conducta para la Transferencia de Tecnología fue negociado bajo los auspicios de la UNCTAD entre los años 1976 y 1985, y representó la cúpula más alta de defensa de la regulación de la transferencia de tecnología. El proyecto perseguía, entre otros, los objetivos siguientes:

a) facilitar e incrementar el flujo internacional de tecnología protegida o no mediante propiedad intelectual,
b) fortalecer la capacidad científica y tecnológica de todos los países, particularmente de los países en desarrollo,
c) lograr la formulación e implementación de políticas nacionales, leyes y regulaciones en materia de transferencia de tecnología.

A criterio de la autora, la principal divergencia entre los puntos de vista de los países en desarrollo y los desarrollados, en relación con esta temática, es que los desarrollados enfocaban la discusión en la necesidad de adoptar un "test de competencia" y de usar la "regla de la razón" para evaluar los efectos de una cláusula restrictiva en un caso en particular; defendían, asimismo, que el Estado tuviera una mínima intervención en el proceso de transferencia de tecnología. La inclusión de la "regla de la razón" excluye la posibilidad de que la legislación nacional considere ciertas prácticas como restrictivas a priori, lo cual no significa necesariamente que no puedan preverse prácticas que se juzgan condenables *per se*. Sin embargo, las demandas de los países en desarrollo se sustentaban en aplicar un "test de desarrollo" que implicaba que el control de las cláusulas restrictivas se basara en sus efectos sobre el desarrollo y la transferencia de tecnología.

Es lamentable que el Código de Conducta no entrara en vigor, pues en él se propiciaba que los países en desarrollo mantuvieran un control del proceso de adquisición de tecnologías, de las cláusulas restrictivas, y de los efectos de estas condiciones sobre el desarrollo y la economía nacional. En opinión de la autora, los aspectos que fueron establecidos entonces, deberían ser rescatados en otros Acuerdos Internacionales con el objetivo de incluir disposiciones más explícitas sobre esta materia.

Puede decirse que ese fue el comienzo del debilitamiento de la UNCTAD, hasta llegar a la situación actual, en la que ha sido despojada de su papel principal de foro de negociación internacional para la elaboración de normas internacionales sobre comercio, finanzas y cuestiones de desarrollo. Su capacidad de investigación y análisis se ha degradado progresivamente en términos del alcance de las cuestiones que cubre (Centro Sur, 2006, p. 10).

Con relación a la materia de transferencia de tecnología, el papel de la UNCTAD se ha reducido a la ejecución de un programa de trabajo sobre transferencia de tecnología y derechos de propiedad intelectual, en cumplimiento del mandato recibido de los Estados Miembros en la Conferencia Ministerial de Sao Paulo y del Plan de Acción de Bangkok. En el marco de esta iniciativa se trata de ayudar a los países en desarrollo que participen efectivamente en los debates internacionales sobre transferencia de tecnología y propiedad intelectual (Watson 2006, p. 97).

### 1.2 Análisis de la Transferencia de Tecnología en la OMC

Antes de comenzar el análisis de la transferencia de tecnología en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC)[3], hay que remontarse a los antecedentes de la Ronda Uruguay. Los derechos de propiedad industrial en esa época se encontraban regulados mediante diferentes tipos de Acuerdos administrados por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Se sigue observando, en este foro, el marcado antagonismo entre los países desarrollados y los que están en

desarrollo. Los primeros formulaban severas críticas al Sistema implementado por la OMPI, ya que no establecía una adecuada protección de los derechos de propiedad industrial, ni implantaba mecanismos eficientes para hacer cumplir las obligaciones establecidas. Por otro lado, los países en desarrollo tenían como estrategia lograr un mayor acceso a la tecnología, y limitar el alcance de la protección de los derechos de propiedad industrial en sus países (Biadleng, 2008, p. 45).

Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, se lograron insertar los derechos de Propiedad Intelectual en el amplio abanico de temas en discusión. Se comenzó entonces a discutir el Acuerdo sobre los derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (Acuerdo sobre los ADPIC)[4]. En este Acuerdo los países desarrollados promovieron el reforzamiento de la protección de la propiedad intelectual.

Por otra parte, la transferencia de tecnología ha tenido también un espacio de discusión en esta Organización, y como prueba de ello se han incluido artículos específicos en esta materia en los Acuerdos de la OMC[5]. Estas disposiciones tienen diferentes objetivos y están sujetas a distintos requisitos y condiciones (Odriozola, 2005, p.165).

Cabría preguntarse ¿por qué las disposiciones referidas a la transferencia de tecnología en el Acuerdo sobre los ADPIC no tuvieron como punto de partida los trabajos que se discutieron en el Proyecto de Código de Conducta para la Transferencia de Tecnología, en el marco de la UNCTAD?

Para dar respuesta a esta interrogante, debemos comenzar explicando que la delegación de la India, en el inicio de las negociaciones del Acuerdo sobre los ADPIC, presentó una propuesta que incluía la temática de la transferencia de tecnología, y que tenía el objetivo de transpolar las condiciones que se discutieron en el seno de la UNCTAD. Por supuesto esta propuesta generó una fuerte resistencia por parte de los países desarrollados, que argumentaban que lo negociado en el marco de una Organización de Naciones Unidas no tenía por qué imponerse en el seno de otra Organización. Siguieron prevaleciendo entonces los argumentos de los países desarrollados.

El Acuerdo sobre los ADPIC refiere varias disposiciones que se relacionan con la materia de la transferencia de tecnología a saber: los artículos 7 y 8 (Objetivos y Principios) y la Sección 8 (Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales). Todas estas condiciones fueron defendidas por los países desarrollados argumentando que el comercio de productos y servicios mediante normas reforzadas contribuye a la innovación tecnológica y al acceso a tecnologías foráneas por parte de los países en desarrollo.

Esta consideración en la práctica no es cierta,ya que, para que un sistema de patentes pueda representar una fuente para la innovación deben darse múltiples factores. Entre otros, hay que contar con una base científica y tecnológica que permita explotar la información contenida en las patentes.

Es válido destacar que ya hay varias propuestas, algunas formalmente presentadas, para revisar el Acuerdo sobre los ADPIC en una futura ronda de negociaciones

comerciales multilaterales. No obstante, se impone una pregunta preliminar acerca de cuál debe ser el camino a seguir por parte de los países en desarrollo en este asunto. La línea que se elija debe estar dirigida a lograr un equilibrio entre los intereses de los titulares y de los usuarios de las tecnologías.

A criterio de la autora, se pueden utilizar varias estrategias en este sentido. Una de ellas podría ser revisar el Acuerdo en su totalidad. El argumento de ésta se sustentaría en que el Acuerdo, tal como está, refleja principalmente los modelos de protección de los derechos de propiedad intelectual que convienen a los países desarrollados, pero desatiende la "dimensión del desarrollo". Esto podría llevar a mejorar el texto actual desde la perspectiva de los países en desarrollo. Por supuesto, no se debe perder de vista el riesgo de que, según la preparación y el poder negociador de esos países, al examinar numerosas disposiciones, los textos futuros fueran más restrictivos que los actuales. Por lo tanto, sería necesario hacer una cuidadosa evaluación política de los posibles escenarios.

En contraste, otra estrategia podría basarse en un enfoque de mínimos, es decir, abrir la menor cantidad posible de disposiciones para su renegociación. El fundamento de esta posición sería que el Acuerdo sobre los ADPIC deja a los países en desarrollo un conjunto de flexibilidades que podrían perderse si se revisa el texto en su totalidad (Correa, 2004, p. 10).

Por último, otra alternativa a valorar podría basarse en un enfoque político o temático, es decir, en un examen sistemático del Acuerdo a la luz de un objetivo determinado. En el caso de la transferencia de tecnología, esta opción sería más efectiva, por ejemplo, si el examen abarcara sistemáticamente las disposiciones pertinentes en otros Acuerdos de la OMC que resulten relevantes para el logro de ese objetivo, y no sólo las disposiciones que aparecen en el Acuerdo sobre los ADPIC. Dado que los temas en juego son complejos, es necesario idear un enfoque multifacético y amplio.

También es importante expresar, que se debe lograr insertar nuevas disposiciones que favorezcan la transferencia de tecnología en este tipo de Acuerdos Internacionales. Por supuesto que este esfuerzo no es suficiente, sino que también se requiere de la existencia de una capacidad tecnológica autóctona, que es lo que puede propiciar que los países en desarrollo puedan asimilar y difundir la tecnología foránea; así como el compromiso de los gobiernos de impulsar esta temática.

### 1.3 Valoración de la transferencia de Tecnología en el marco de la OMPI

La atención casi exclusiva que los países en desarrollo han asignado al Acuerdo sobre los ADPIC ha ido en detrimento de su participación efectiva en las actividades de establecimiento de normas en la OMPI. Esta participación ya era escasa debido a que, tradicionalmente, la prioridad de la mayoría de estos países, en el contexto de la OMPI, era la asistencia técnica ofrecida por esta organización y no sus acciones encaminadas al establecimiento de normas. Reflejo de ello fue que, cuando los países desarrollados

intentaron introducir el tema de transferencia de tecnología, los países en desarrollo lo rechazaron bajo el pretexto de que estos eran temas de corte comercial, y debían discutirse en el marco de la OMC.

En opinión de la autora, la transferencia de tecnología en el seno de la OMPI ha sido tratada de forma secundaria. Es válido señalar que el Acuerdo[6] que dio origen a esta Organización adolece de disposiciones en relación con esta materia. Sin embargo, cuando ésta se convirtió en una Agencia especializada de las Naciones Unidas en 1974, en el Acuerdo suscrito a tales efectos[7] asumió la obligación de cooperar dentro de su campo de competencia para promover y facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo. Ello se realiza mediante la asistencia técnica a estos países en atención a sus objetivos en el campo de la ciencia, la tecnología, el comercio y el desarrollo. En tal sentido cabría preguntarse ¿cuáles han sido las acciones concretas desplegadas por la OMPI que reflejan efectivamente la promoción de la transferencia de tecnología a favor de los países en desarrollo?

En correspondencia con lo anterior, en el trigésimo primer período de sesiones de la Asamblea General de la OMPI, efectuado en Ginebra del 27 de septiembre al 5 de octubre de 2004, se propuso por parte de Argentina y Brasil el establecimiento de un Programa de la OMPI para el Desarrollo (Center 2008, Pág. 2). En este se planteaba, entre otras medidas, crear un Comité permanente de Propiedad Intelectual y de transferencia de tecnología en el que se considerasen medidas encaminadas a asegurar una transferencia eficaz de tecnología hacia los países en desarrollo y los menos adelantados.

El programa de la OMPI para el desarrollo constituye una contribución significativa para integrar el desarrollo, la Propiedad Intelectual y las políticas de innovación. En consideración de la autora, este es el primer esfuerzo estratégico y cabal de los países en desarrollo para evaluar nuevamente las actividades y el papel de la OMPI a la luz de sus objetivos básicos. El próximo paso en el proceso de aplicación de las propuestas acordadas consiste en garantizar que esos elementos se traduzcan en acciones concretas y realizables, que puedan además evaluarse. No obstante esto, en el seno de estas propuestas no existe un pronunciamiento en torno a la necesidad de implementar metodologías para la gestión de la adquisición de tecnologías.

Este programa para el desarrollo es la respuesta de los países en desarrollo a las dificultades políticas, económicas y culturales que afrontan en relación con el Sistema internacional de propiedad intelectual.

## 2 Análisis de la Transferencia de Tecnología en Cuba. Incidencia del Acuerdo sobre los ADPIC y las regulaciones de la OMPI en el ordenamiento jurídico cubano

En lo que respecta a los temas vinculados con la Propiedad Industrial, el ordenamiento jurídico cubano se encuentra ante importantes retos, en aras de adecuar nuestra

legislación interna a las exigencias internacionales más novedosas.

Se han promulgado normas jurídicas relacionadas con algunas modalidades de la Propiedad Industrial, como el Decreto-Ley No. 203 de 2000 "De marcas y otros signos distintivos" con su correspondiente reglamento; el Decreto-Ley No.228 del 2002 "De Indicaciones Geográficas". Sin embargo, otros aspectos han quedado algo rezagados, como son las necesarias modificaciones al Decreto-Ley No.68 de 1983 "De Invenciones y Descubrimientos Científicos, Modelos Industriales, Marcas y Denominaciones de Origen" en lo que respecta a invenciones y diseños industriales. También ha escapado de regulaciones jurídicas el tema de la competencia desleal y los secretos empresariales.

El Decreto-Ley 68 de 1983 que instituye la protección de las diferentes modalidades de la Propiedad industrial no cumple con los estándares mínimos internacionales, como ya se ha mencionado. El ordenamiento jurídico cubano se encuentra inmerso en un proceso de reformulación legislativa para cumplir con las obligaciones contraídas en los acuerdos internacionales, como parte de la membresía en la OMC.

En relación a la transferencia de tecnología, en esta regulación se establecen un conjunto de cláusulas[8] que no deben aceptarse en los contratos de transmisión de tecnología, por considerarse abusivas o restrictivas[9]. Sobre la prohibición de las cláusulas restrictivas en los contratos de licencias se pronuncian una serie de estudios. (Gurak, 2004, p. 19; Morán Martínez, 2006, p.12; Liao, 2009, p. 191).

En este sentido, si se tiene en cuenta el contexto en que se promulga el citado Decreto-Ley, hay que reconocer que tuvo un carácter novedoso y revolucionario, en relación con las disposiciones que prohíben la imposición de las cláusulas abusivas en los contratos de licencias.

Si el análisis se realiza a la luz de la compatibilidad con los Acuerdos internacionales suscritos por Cuba, una gran parte de las disposiciones del Decreto-Ley 68 referidas a este tipo de cláusulas están redactadas de forma ambigua, algunas no se consideran técnicamente correctas y, en general, se utilizan términos que no se ajustan a las relaciones comerciales actuales.

Con relación al Artículo 185 de ese mismo cuerpo legal, la autora coincide con el criterio de Moreno y Horta (Moreno, Horta, 2005, Pág. 156) sobre la apreciación casuística que dispone el mencionado Artículo respecto a la aceptación excepcional de algunas de estas cláusulas restrictivas, previa autorización del Consejo de Estado, ya que, según el principio del trato de la Nación más Favorecida que postula el Acuerdo sobre los ADPIC, cualquier privilegio otorgado a un país automáticamente se entenderá que aplica de igual forma a todos los miembros de la OMC.

El Acuerdo sobre los ADPIC no se limita a propugnar una regulación sustantiva de las diferentes conductas que se consideran abusivas, ni en el tipo de legislación por el que deberían ser reguladas, sino que estipula la necesidad de que los Miembros adopten las medidas apropiadas para impedir y controlar dichas prácticas. Este precepto resulta

muy conveniente a fin de evitar este fenómeno de preocupación internacional y nos obliga, en el contexto cubano, a estudiar el establecimiento de un mecanismo legislativo general de control de las cláusulas restrictivas en Cuba, dentro de una concepción de sistema donde la propiedad industrial sea solamente un elemento del mismo.

En opinión de la autora, en el caso cubano y atendiendo a la regulación de las cláusulas restrictivas en las licencias de propiedad industrial, estas podrían enmarcarse en el ámbito de la legislación de transferencia de tecnología. Tal enfoque parte de la premisa de que en la posición negociadora de las partes en los acuerdos de licencias de patente y secreto empresarial, existe una desigualdad de hecho, y por eso trata de prohibir toda condición que establezca una relación de dependencia o de control sobre las actividades de producción, tecnológicas o de comercialización de las empresas cubanas.

Es recomendable establecer una disposición general acompañada de una lista ilustrativa de cláusulas restrictivas.

Además, se deberán incluir otras disposiciones sobre las excepciones, que deberán tener una formulación amplia que otorgue a la autoridad competente una gran discrecionalidad para pronunciarse sobre la permisibilidad de las cláusulas restrictivas indicadas en el cuerpo normativo. Esta flexibilidad puede favorecer la adopción de decisiones que respondan a la realidad de las posiciones y de la capacidad negociadora de las partes. No obstante lo anterior, es importante llegar a un equilibrio adecuado, estableciendo con precisión los criterios que deberá tener en cuenta la autoridad competente al evaluar la cláusula de que se trate.

El Acuerdo sobre los ADPIC establece un Sistema de Consultas. El mismo constituye una innovación importante del Acuerdo en relación con el derecho internacional preexistente. En este sentido se prevé la celebración de consultas entre gobiernos, cuando haya motivos suficientes, para considerar que las prácticas o condiciones sean restrictivas relacionadas con las concesión de licencias de derechos de propiedad industrial. Este es un sistema que Cuba puede aprovechar de forma beneficiosa, en el marco de las inversiones extranjeras o en otros mecanismos de transferencia de tecnología, pues permite llevar tales conflictos que se susciten con empresas extranjeras, al foro negociador de la OMC y su órgano de solución de diferencias, con un ventajoso procedimiento.

Por otra parte, uno de los proyectos que forma parte del paquete normativo cubano, es el que tratará sobre las invenciones, dibujos y modelos industriales, en el que se pretende regular también los contratos de licencia de patente; contemplando la explotación de la invención en estado de solicitud o una vez concedida. A este respecto, baste advertir que se deben prever soluciones a los riesgos que implica la concesión de licencias en estado de solicitud.

En el caso particular de la protección del secreto empresarial no existen antecedentes de protección, por lo que también se deberá regular esta figura, no solo desde

la perspectiva de la competencia desleal, como estipula el Articulo 39 del Acuerdo sobre los ADPIC, sino estipulando también otras formas de protección legal en el ámbito civil, laboral y penal.

Otro impacto de las normativas internacionales en el contexto cubano, lo constituye el establecimiento del Sistema Nacional de Propiedad Industrial[10], mediante la Resolución 21 del año 2002 del Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente.

En este Sistema se prevé que cada entidad cubana establezca un conjunto de acciones bien estructuradas y organizadas antes, durante y después del registro; es decir: se considera importante gestionar adecuadamente el conocimiento, para que esto revierta en acertadas estrategias de comercialización, que luego implicarán la obtención de ganancias para las empresas cubanas. En este mismo sentido se pronuncia García (García, 2001, p. 21).

Es por eso que la Oficina Cubana de la Propiedad Industrial *(OCPI) realiza distintas actividades para lograr la implantación en todas las entidades de un Sistema Interno de Propiedad industrial que fomente una cultura necesaria en materia de propiedad industrial, para favorecer el estricto cumplimiento de la normativa jurídica existente y el aprovechamiento de las oportunidades que esta normativa ofrece para la protección y custodia de las creaciones tecnológicas y de marca, entre otras. Se trata, en última instancia, de aumentar las capacidades intelectuales de los directores de empresas y del personal en general, de manera que se les facilite enfrentar los retos y aprovechar las oportunidades que el nuevo orden económico internacional impone.

Desde la perspectiva de la OMPI, el trabajo de esta organización ha estado encaminado fundamentalmente a la realización de estudios y publicaciones en torno al tema de transferencia de tecnología. Sin embargo, no existe ninguna normativa que sirva de guía para los países en desarrollo y que les ayude a normar estos temas. Para los estudios realizados en el seno de esta institución, han sido convocados expertos en esta materia que provienen principalmente del sector privado. Entre esas publicaciones cabe destacar la Guía de licencias para los países en desarrollo de 1977 y el manual titulado Intercambiar valor: negociación de acuerdos de licencia de tecnología de 2005.

El manual sobre la negociación de acuerdos de licencia de tecnología fue realizado más recientemente por la OMPI en colaboración con el Centro Internacional de Comercio (CCI) y por ello se adecua a los intereses actuales del mercado. Fue concebido como un manual de capacitación, con el objetivo de formar a los diferentes especialistas que se involucran en las negociaciones mediante acuerdos de licencias de tecnologías. Esta publicación resume los materiales utilizados en un conjunto de Seminarios Internacionales, que ambas instituciones realizaron entre mayo de 2000 y octubre de 2001 en un grupo de países en desarrollo.

En relación a la aplicación de este manual en el escenario cubano, puede afirmarse que ha servido únicamente como material de referencia para Seminarios y Cursos

especializados que se han impartido a los especialistas de empresas cubanas involucradas en este tipo de negociaciones.

## 3 Diagnóstico realizado sobre el comportamiento de la transferencia de tecnología mediante contratos de licencias de patente y secreto en el contexto cubano

Se realizó un diagnóstico con la finalidad de analizar el nivel de conocimiento entre los negociadores que se involucran en este tipo de negocios y si las condiciones que se establecen en este tipo de contratos son favorables para el desarrollo tecnológico y económico cubano.

Se revisaron los contratos de transferencia de tecnología que han sido evaluados por la Oficina Cubana de la Propiedad industrial (OCPI), entidad encargada de revisar los procesos de transferencia de tecnología que involucran los derechos de propiedad industrial. El análisis comprende el período entre el año de 1996 y julio de 2011. Se seleccionó una muestra intencional de 200 contratos mediante el método no probabilístico. La muestra seleccionada abarca sólo los contratos de licencias de patente y secreto, que se relacionan con el objeto del presente artículo.

Como parte del diagnóstico realizado se revisaron adicionalmente las estadísticas que compila el Departamento de Información de la OCPI en un período de 11 años, (1999-2010) y de acuerdo a la información disponible se utilizaron los indicadores siguientes:

- tipos de usuarios que consultaban la información de patentes (directivos, investigadores, técnicos, profesores y estudiantes),
- ramas de la técnica en las que realizan con mayor frecuencia las búsquedas,
- instituciones que solicitan las búsquedas (centros de investigación, empresas y universidades),
- objetivos que persigue la búsqueda (investigación, eliminar dificultades técnicas, evaluar tecnologías para su adquisición).

A continuación se exponen los resultados obtenidos en el diagnóstico:

- En más del 20% de los casos analizados se desconocen los aspectos de propiedad industrial vinculados a estas negociaciones por parte del personal que participa en los negocios de esa naturaleza.
- En el 30% de los casos estudiados no se realizan búsquedas de información de propiedad industrial con el objetivo de evaluar la edad de la tecnología, características de la empresa que ofrece la tecnología, su posicionamiento en el mercado, entre otros aspectos.

- En un 25% de los casos se han firmado contratos de licencias de know-how, obligando a la empresa cubana a guardar en confidencialidad la información y a efectuar pagos de regalías por un período de tiempo prolongado, cuando en realidad se trata de tecnologías de dominio público.
- En el 15% de los casos analizados no se suscriben acuerdos de confidencialidad con el objetivo de evaluar la información que se transfiere en el marco de una adquisición de tecnología protegida por la vía del secreto.
- En un 30% de los contratos de licencias no se estipulan las siguientes condiciones: las facultades que se transfieren en el marco del contrato, el carácter exclusivo, las definiciones necesarias, garantías y responsabilidades.
- Se han impuesto cláusulas restrictivas en más del 50% de los contratos analizados, en contra de lo dispuesto en el Artículo 184 del Decreto-Ley 68 de 1983.
- En un 1% de los contratos no se precisan las patentes que cubren parte de la tecnología, ni se especifica su número de registro. Tampoco se definen los países donde se encuentran protegidos estos derechos con el objetivo de conocer el estado actual de los mismos, así como el de la tecnología con que se les relaciona.
- No se prevé la realización de perfeccionamientos y mejoras a la tecnología transferida en un 25 % de los contratos evaluados.

En el 2010 los usuarios que principalmente consultaron este tipo de información son los investigadores (44%), especialistas técnicos (20%) y estudiantes (18%), lo que ratifica que los propósitos fundamentales de estas búsquedas están dirigidos al proceso de investigación y desarrollo, y no al proceso de gestión de transferencia de tecnología.

- También es coincidente con el análisis anterior, cuando se observa que, en el mismo año, las principales instituciones que solicitan esta información son las universidades (60%) y los centros de investigación (36%), cuyo objeto fundamental es precisamente la investigación y la creación de nuevos conocimientos.
- El sector empresarial que es el que mayores inversiones realiza en el proceso de adquisición de tecnologías, sin embargo es el que en menor medida consulta esta información, esto se observa en las cifras analizadas, que muestran que corresponde a este sector únicamente al 4% del total de consultas en el año 2010.
- Se demuestra que los directivos no consultan este tipo de información, pues sólo representan el 1% del total de los usuarios, lo cual llama la atención si se tiene como premisa que este es el personal responsabilizado en la toma decisiones en cualquier proceso.

## Conclusión

Podemos resumir que en la mayor parte de los acuerdos internacionales estas disposiciones contienen únicamente compromisos que no ofrecen soluciones favorables para resolver los problemas de la transferencia de tecnología de los países en vías de desarrollo. Hasta la actualidad no se observan avances en la discusión de los temas cruciales que afectan el proceso de transferencia de tecnología.

El comercio bajo condiciones reforzadas de propiedad intelectual, tal como se recoge en el espíritu del Acuerdo sobre los ADPIC no constituye una condición para facilitar la transferencia de tecnología hacia los países en desarrollo.

El Sistema Internacional de Propiedad Industrial, en particular los acuerdos que le brindan un soporte jurídico no son suficientes para favorecer la generación y el desarrollo de tecnologías locales, ni para facilitar la transferencia tecnológica. Se hace necesario que los gobiernos de los países en desarrollo tengan un papel más protagónico, a través de la implementación de instrumentos de política que persigan como objetivo el desarrollo de tecnologías propias y el uso eficaz de la tecnología extranjera.

La legislación cubana vigente no se encuentra acorde con los requerimientos internacionales establecidos en el seno de la OMC, y no posee los instrumentos jurídicos que establezcan los aspectos esenciales que se deben contemplar en la transferencia de tecnologías, y en particular mediante los contratos de licencias de propiedad industrial.

En el diagnóstico realizado sobre la transferencia de tecnología en el contexto cubano se evidencia que existe desconocimiento sobre la materia y poca preparación en las negociaciones realizadas, cosa que no favorece el proceso de adquisición de tecnologías foráneas.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 28/07/2011*

NOTAS

**1** Este artículo es parte de la tesis doctoral de la autora en Transferencia de Tecnología, dirigida por el Instituto de Tecnologías y Ciencias Aplicadas, Cuba.

**2** La Conferencia de Naciones Unidas fue creada en 1964 y tiene como objetivo promover la integración en la economía mundial de los países en vías de desarrollo, dentro de un marco propicio para el desarrollo. Ha sido el órgano central de las Naciones Unidas para el estudio integrado del comercio y cuestiones relacionadas, en los ámbitos de las inversiones, las finanzas, las tecnologías, el fomento de las empresas y el desarrollo sostenible.

**3** Organización Mundial de Comercio. Tiene sus orígenes en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) que entró en vigor en enero de 1948. Al no ser ratificada la Carta de la Organización Internacional del Comercio, el GATT fue el único instrumento multilateral que rigió el comercio durante muchos años. En Septiembre de 1986, los países miembros suscribieron en Punta del Este, una Declaración Ministerial que dio inicio a la octava ronda de negociaciones: la Ronda Uruguay. Esta duró más de 7 años, hasta que finalmente el 15 de abril de 1994 se firma el Acuerdo de Marrakech (Marruecos), por el que se constituye la Organización Mundial del Comercio que nace el 1º de enero de 1995. Los Acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos forman parte integrante del Acuerdo que establece la Organización y son vinculantes para todos sus Miembros.

**4** El Acuerdo sobre los ADPIC o TRIPs (siglas en inglés) incorporó por primera vez al Sistema Multilateral de Comercio normas relativas a la Propiedad Intelectual. Es un acuerdo vinculante para la membresía de la OMC.

**5** Los Acuerdos de la OMC que refieren disposiciones en materia de transferencia de tecnología, son los siguientes: Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), y Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

**6** Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual firmado en Estocolmo, el 14 de julio de 1967, y enmendado el 28 de septiembre de 1979, disponible en: *http://www.wipo.int/treaties*, visitado el 22 de enero de 2008.

**7** WIPO, Agreement between the United Nations and the World Intellectual Property Organization, 1974, Article 10, disponible en: *http://www.wipo.int/treaties/en/agreement/*, visitado el 22 de enero de 2008.

**8** Este cuerpo normativo, dispone en su Artículo 184, "que los Organismos de la Administración Central del Estado y las Empresas, en las negociaciones de transferencia de tecnología destinadas a adquirir o ceder conocimientos técnicos o derechos o licencias para la explotación o el uso de invenciones, modelos industriales o marcas protegidas por el presente Decreto-Ley, tienen la obligación de analizar, evaluar y garantizar entre otros aspectos…."

**9** Pudieran definirse como aquellas condiciones que se imponen en los contratos de licencias sobre derechos de Propiedad industrial, y de secreto empresarial, contratos de franquicia, contratos de distribución exclusiva u otros contratos de transferencia de tecnología, por parte del licenciante (franquiciante o proveedor), que persiguen una extensión injustificada y abusiva de los derechos exclusivos o del monopolio de hecho conferido por el secreto empresarial, y que en virtud de estas se restringe las facultades del licenciatario (franquiciatario, distribuidor) con efectos desfavorables sobre el comercio y la economía nacional, se establece una dependencia tecnológica, se impide la transferencia y la divulgación de la tecnología en el país del licenciatario y se limita el acceso al mercado internacional.

**10** El Sistema Nacional de Propiedad industrial persigue los siguientes objetivos: Fomentar la cultura sobre Propiedad industrial, coadyuvar al cumplimiento de los marcos normativos en materia de Propiedad industrial, y, en particular, al respeto de los derechos conferidos en las distintas modalidades a nacionales y extranjeros, fomentar la utilización de la Propiedad industrial de acuerdo a los requerimientos del quehacer institucional y empresarial del país, aprovechando sus ventajas, y estructurar la inserción de la amplia gama de actividades inherentes a la Propiedad industrial en el actuar de los organismos, empresas e instituciones del país, de modo que se corresponda, integre y armonice de forma coherente con la infraestructura para la investigación y el desarrollo, la producción, los servicios y el comercio.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIADGLENG, Ermias Tekeste y MUÑOZ TÉLLEZ, Viviana. La estructura y gobernanza cambiantes de la observancia de la Propiedad Intelectual. Ginebra: South Centre, Enero 2008.
BULTÉ, J. F. El Derecho. La Habana. Ed. Félix Varela, 2004.
Centro del Sur. ¿Revitalizar la unctad? Comentarios sobre el informe del grupo de Personalidades eminentes sobre el Fortalecimiento del papel de la unctad en El desarrollo y su impacto. Ginebra, 2006.
CORREA, C. Refusal to Deal and Access to An Essential Facility. Paris: Ed Cahiers de Proprieté Intellectuelle, 2004.
Decreto-Ley n. 68 de 20 de mayo de 1983. Dispone sobre descubrimientos científicos, las invenciones, modelos industriales, Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria, n. 10, p. 214-218, 1983.
Decreto-Ley No. 203 de 2 de mayo de 2000. Dispone sobre marcas y otros signos distintivos, Cuba, Gaceta Oficial Extraordinaria, n. 3, p. 5-10, 2000.
Decreto-Ley No. 228 de 22 de febrero del 2002. Dispone sobre Indicaciones Geográficas, Cuba, Gaceta Oficial Ordinaria n. 11, p. 333-336, 2002.
FORAY, D. Technology Transfer in the Trips age the need for news types of partnerships between the least developed and most advanced economies in The International Centre for Trade and Sustainable Development Ginebra, 2008
GARCÍA, C. Fundamentos de la ciencia y la innovación tecnológica. Tesis (Maestría en Gerencia de la Ciencia y la Innovación)- Facultad de Gestión Instituto Superior de Tecnologías y Ciencias Aplicadas NSTEC. Habana, 2001.
GURAK, H. Hidden Cost of technology Transfer: adverse impacts of package deals with restrictive clauses. Ed. Homelink International: Ginebra, 2004.
LIAO, P.C. R & D subsidy, Intellectual property rights protection and north-south trade: how good is the trips agreement? Japan & the world economy, v.21, n.2, p. 191-201. Tokyo, 2009.
ODRIOZOLA, J. La Organización Mundial del Comercio: Necesidad de un acercamiento en Temas de Derecho Económico, Ed. Félix Varela, Habana, 2005.
OMPI. Propuesta de Argentina y Brasil para establecer un programa de la OMPI para el desarrollo. Ed. OMPI: Ginebra, 2004.
OMPI. Guía de Licencias para los países en vías de desarrollo.Ed.OMPI: Ginebra, 1977.
OMPI. Sucessful Technology Licensing.Ed.OMPI: Ginebra, 2005.
MORÁN, MARTÍNEZ L. Principales cláusulas abusivas en los contratos de licencias: génesis y realidad actual. Tesis (Maestría en Gestión de la Propiedad Intelectual)- Oficina Cubana de la Propiedad Industrial. Habana, 2006.
MORÁN, MARTÍNEZ, L. Patent Licensing: Global Perspective and Analysis of Case Studies. Journal Intellectual Property Rights, New Delhi, v.15, n.4, p. 440-446. otoño, 2010.
MORENO, HORTA, M. E. Cambios en el ordenamiento jurídico cubano a la luz del Acuerdo sobre los ADPIC, incluido el comercio de mercancías falsificadas. En: Selección de Lecturas de Propiedad Industrial, Ed. Félix Varela, La Habana. 2005.
RESOLUCIÓN N. 21, DE 2002. Establece el Sistema Nacional de Propiedad Industrial. Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente, La Habana, Gaceta Oficial Ordinaria. n. 2, p. 24-26, enero. 2003.
SOUTH CENTER. Implementación del programa de la OMPI para el desarrollo: pasos a seguir, Ed. South Center, Ginebra. 2008.
WATSON, Martin. Governance processes in negotiating Intellectual Property at the UN and WTO. Ed. Trócaire development, Dublin, 2006.

*Liudmila Morán Martínez*

Carretera Tapaste, Km 22 ½
Mayabeque, Cuba
*liudmilam@isch.edu.cu*

Máster en Gestión de la Propiedad Intelectual
Profesora en Derecho de la Universidad Agraria de la Habana (UNAH)

# COMIDA E DIREITOS HUMANOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE

*Dani Rudnicki*

*FOOD AND HUMAN RIGHTS IN THE CENTRAL PRISON IN PORTO ALEGRE*

**RESUMO**

Este trabalho busca determinar a realidade da preparação, distribuição e quantidade da comida oferecida no Presídio Central de Porto Alegre, RS, aos detentos. Ele foi elaborado utilizando-se metodologia qualitativa, a partir de observações *in loco*, e entrevistas realizadas no mês de fevereiro de 2010 com presos, policiais e técnicos que atuam na cozinha dessa prisão. Percebeu-se que os presos gostam da comida recebida e não reclamam de questões relativas à higiene ou qualidade. Assim, ainda que a comida não seja produzida em obediência a padrões mínimos de higiene, as críticas nesse sentido provêm apenas por parte de visitantes (políticos, juízes, promotores, defensores de direitos humanos), que pertencem a outra classe social e que, portanto, possuem um gosto diverso (Bourdieu). Logo, ainda que os Direitos Humanos não sejam atendidos nessa unidade prisional (em especial no que tange à superlotação), pode-se afirmar que, no referente à alimentação, o atendimento é satisfatório.

**PALAVRAS-CHAVE**

Comida; Presídio Central; Direitos humanos; Porto Alegre.

***ABSTRACT***

*This paper seeks to determine the reality of the preparation, distribution and quantity of food offered in the Central Prison of Porto Alegre, Rio Grande do Sul, to the detainees. It was developed using qualitative methodology, from on-site observations and interviews conducted in February 2010 with prisoners, officers and technicians who work in the kitchen of this prison. It was noted that prisoners like the food received and did not complain of issues relating to hygiene or quality. So even though the food is not produced in compliance to minimum standards of hygiene, the criticism in this sense comes only by guests (politicians, judges, prosecutors, and defenders of human rights) that belong to another class and therefore have a different taste (Bourdieu). So, although human rights are not met in this prison unit (especially with regard to over crowding), one can say that, with regard to food, the service is satisfactory.*

***KEYWORDS***

*Food; Presídio Central; Human Rights; Porto Alegre.*

"Animais se alimentam, homens jantam."
*Jean Anthelme Brillat-Savarin*
(advogado, político e cozinheiro, 1755–1826)

## INTRODUÇÃO

Comer é uma necessidade biológica, emocional e social. Comer pode representar amizade, amor, comunicação e hospitalidade. É um ato muito mais complexo do que simplesmente ingerir alimentos, é um ritual repleto de significações, presente no cotidiano de todos (Poulain, 2007; Rowley, 2009). Todavia, não existem livros ou mesmo artigos disponíveis sobre a questão da comida nos presídios brasileiros (ao menos na biblioteca eletrônica Scielo e nos bancos de dados pesquisados). Assim, neste artigo, busco conhecer a realidade da preparação, distribuição qualidade e quantidade da comida no Presídio Central de Porto Alegre (PCPA), através dos homens responsáveis pela preparação dos alimentos no que Dostoiéviski (s.d.), no título de livro, chamou de *Casa dos mortos*.

Como problema procuro desvendar se a alimentação dos presos obedece aos mandamentos relativos aos direitos humanos, buscando saber como, no Presídio Central, a comida é elaborada, quem são os presos cozinheiros, como aprenderam a cozinhar, qual sua relação com a comida, a importância concedida a ela; assim como se ela é suficiente e possui qualidade que a certifique como adequada aos direitos humanos.

O artigo foi elaborado utilizando metodologia qualitativa, a partir de observações *in loco*, e entrevistas realizadas no mês de fevereiro de 2010 com presos, policiais e técnicos que atuam na cozinha dessa prisão. Os contatos começaram em janeiro, quando escrevi para um major da polícia militar gaúcha (Brigada Militar, BM).[1] Solicitei o telefone ou o e-mail de alguém para realizar trabalho no PCPA. Recebi depois resposta com cópia para conversar com o tenente-coronel, comandante do Presídio Central. Telefonei a ele, que não atendeu, mas pouco depois retornou a ligação, colocando-se à disposição para me receber. Foi marcada uma visita. No total, foram seis, com a realização de quinze entrevistas. A primeira serviu para falar com o tenente-coronel e as outras cinco para entrevistas. Na primeira me apresentei e apresentei o projeto. Muito receptivo, falando na necessidade de a Academia interessar-se pelas questões penitenciárias e mostrando uma série de estudos realizados ou em realização sobre a Casa, o comandante permitiu-me desenvolver o trabalho. Desculpando-se por não poder me acompanhar apresentou-me um sargento e designou-o para providenciar condições para meu trabalho. O número de entrevistas foi definido pelo critério da saturação, ou seja, interrompi a realização quando os informantes passaram a repetir ideias.

Nessa mesma ocasião o sargento me levou para conhecer as instalações das cozinhas e áreas contíguas. As entrevistas aconteceram ao lado da cozinha, no depósito de alimentos não perecíveis. Na última, realizei entrevistas, almocei no refeitório dos servidores e voltei a conversar com o comandante. Em uma das visitas tive a oportunidade de ingressar na primeira galeria do pavilhão "A", em dia de revista, ou seja, quando ela estava desocupada, para que os policiais procedessem inspeção em busca de drogas, armas, telefones celulares, etc.

Como todos que ingressam no interior do presídio, visitantes ou trabalhadores, quando me dirigia a determinadas partes, precisava usar colete a prova de balas. Foi-me permitido pela direção da casa acessar a todos os locais com máquina fotográfica e utilizá-la sem restrições – exceto a de preservar a identidade dos apenados; apenas me foi recusado fotografar a cantina, espaço sob administração privada, alegando a proprietária estar proibida de fazê-lo por força do contrato assinado com a Superintendência dos Serviços Penitenciários (Susepe).

Por fim, cabe uma nota concernente a preocupações éticas no que tange a pesquisa com pessoas presas. Bourdieu (1997) importa-se muito com a questão da entrevista, definida como uma intrusão na qual o pesquisador estabelece as regras e busca alcançar seus objetivos. O sociólogo francês destaca também a dessimetria social, eis que quem entrevista ocupa, em regra, posição superior ao pesquisado na hierarquia das diferentes espécies de capital, especialmente do cultural (Bourdieu, 1997, p. 695). Na entrevista, pois, pode se explicitar uma forte violência simbólica. O mestre francês propõe algumas medidas para evitar isso. Todavia, quando se realiza uma pesquisa dentro de uma instituição prisional, não há como fazê-lo. O comandante no primeiro encontro disse que o único limite ao meu trabalho seria a concordância do apenado, mas há de se pensar que um prisioneiro nunca diria não ao seu carcereiro – ou ao pesquisador recomendado por este.

Como se observará adiante, o ambiente prisional não é afeito à democracia. E se há violência simbólica mesmo nesta, quanto mais em uma pesquisa realizada em uma unidade penitenciária. Tanto mais quando entrevistas são realizadas com o preso, perante observação do carcereiro. Assim, parodiando Bourdieu (1983, p. 44), fiz e fui violento, sabendo que estava sendo e tentando minimizar essa violência. Esse foi o limite dentro do qual busquei realizar esse trabalho.

## 1 QUESTÃO NO MUNDO

Em todo mundo, embora sem grande repercussão nos estudos acadêmicos, há preocupação com relação à alimentação no sistema carcerário, e como ela deve ser oferecida a fim de garantir a efetividade dos direitos humanos dos reclusos.

### 1.1. A COMIDA

Marx (1984, p. 235), em *O capital*, refere-se a inquérito oficial sobre as condições de alimentação e de ocupação dos criminosos condenados à deportação e ao trabalho forçado público na prisão de Edimburgo. Com fundamento nas palavras do diretor de uma prisão, mostra que os trabalhadores agrícolas comuns da Escócia raramente recebiam carne e que os criminosos sim. Essa discussão perdura até hoje. Qual é a alimentação devida para quem infringe a lei do Estado? Referindo-se à comida nos presídios norte-americanos, Waite (2010) questiona: "Alguma vez você já se perguntou

o que o recluso do sistema prisional norte-americano come? Qual é a comida que seus impostos pagam para assassinos, ladrões e estupradores? Aos presos, em geral, são fornecidos alimentos adequados".

Mate (2010) responde no mesmo sentido, sem preconceitos:

> Quem será preso em breve ou possui um ente querido recluso ficará aliviado ao saber que a comida da prisão tem, pelo menos no sistema federal, progredido muito desde os dias do "pão e água". Outros podem ter consolo no fato de que o menu não é nem rico nem excessivamente oneroso para os contribuintes.

Também neste sentido Wilson (2010): "As pessoas tendem a pensar que os alimentos servidos são grotescos", disse Gerald J. Girard, superintendente de alimentos para as instalações prisionais do Estado, "mas eles são tão bons e nutritivos como aqueles que muitas famílias norte-americanas comem". Ainda sobre o tema, de forma definitiva, Coyle declara:

> Já foi mencionado o dilema que as administrações penitenciárias podem ter de enfrentar em países onde a população, de um modo geral, sofre de fome devido à falta de alimentos nutritivos em quantidades suficientes. Nesses casos – argumentam alguns –, deve-se aceitar o fato de que os presidiários não possam receber alimentos nutritivos em quantidades suficientes porque os cidadãos cumpridores da lei também estão sofrendo nesse aspecto. É possível compreender esse argumento. Entretanto, ao privar as pessoas de sua liberdade, o Estado assume a obrigação de cuidar delas adequadamente. Trata-se de uma obrigação absoluta que não pode ser desconsiderada (Coyle, 2002, p. 58).

Próximo do modelo norte-americano, o caso francês. Huc (2010) apresentou pesquisa que desenvolveu sobre alimentação na prisão de Angoulême, França. A pesquisadora apurou que a alimentação da prisão não satisfaz do ponto de vista nutricional; fornece proteína animal e gordura saturada em excesso, mas faltam aportes energéticos, glicídios, gordura vegetal, cálcio e de micronutrientes (antioxidantes, como vitaminas C e E, caroteno e zinco). Ela também buscou conhecer o grau de satisfação dos presos franceses com sua alimentação e verificou que a quantidade satisfaz, mas eles reclamam da qualidade da refeição (88% dos entrevistados disseram que era média ou medíocre), referindo-se ao ponto de cozimento dos alimentos, ao tempero e à temperatura em que são servidos.

A questão que Greenwood (2010) se propôs a analisar parte desse viés, mas busca uma resposta jurídica ao tema. Isso se tornou possível por ter ele descoberto que a

constitucionalidade do "*nutraloaf*" havia sido questionada. "*Nutraloaf*", ou "pão-nutri", ou simplesmente "pão", é um alimento "dedo-alimentar", ou seja, que se come sem uso de talheres, sendo útil para presos que estejam sofrendo restrições em decorrência de mau comportamento. O *nutraloaf* não faz parte do menu regular, apesar de fornecer os nutrientes necessários para um dia inteiro. Afinal, não é bonito de se ver, nem saboroso. Uma receita indica como ingredientes pão de trigo integral, queijo *cheddar*, cenouras, espinafre, feijão, batatas, tomates, leite em pó e passas. Tudo misturado e depois assado.

Greenwood relatou que um tribunal de primeira instância ordenou à prisão servir algo mais delicioso, mas um segundo tribunal reverteu a decisão, sustentando que o *nutraloaf* pode ser considerado apetitoso e que não fere a 8ª Emenda da Constituição norte-americana ("Não poderão ser exigidas fianças exageradas, nem impostas multas excessivas ou penas cruéis ou incomuns"). Sustentando a decisão, explica que os presos devem receber alimentação adequada para manter a saúde, mas não saborosa ou esteticamente agradável. Para julgar a decisão, Greenwood resolveu experimentar. Preparou um jantar com diversos tipos de *nutraloaf*. Um advogado convidado disse que os pães eram ruins, mas não inconstitucionais. Para ele, teriam de ser muito piores para haver uma declaração de inconstitucionalidade.

Para compreender se a comida de um presídio é boa ou não, considerei as lições de Bourdieu sobre o gosto:

> As experiências musicais estão enraizadas na experiência corporal mais primitiva. Sem dúvida não existem gostos – talvez como a exceção dos gostos alimentares –, que estejam mais profundamente encravados no corpo do que os gostos musicais. (...) De fato, nossos gostos nos exprimem ou nos traem mais do que nossas opiniões políticas, por exemplo. E não há nada que nos faça sofrer mais do que o "mau" gosto dos outros. A intolerância estética tem violências terríveis. Os gostos são inseparáveis das **aversões**: a aversão pelos estilos de vida diferentes e sem dúvida uma das barreiras mais fortes entre as classes. É por isso que se diz que cor e gosto não se discute (Bourdieu, 1983, p. 123).
> [...]

Ou seja, a verificação sobre a qualidade da comida deve considerar os gostos da classe a qual a pessoa ou grupo pertence. O gosto francês é diverso do brasileiro, mas também há de se considerar que existem vários gostos franceses, e outros tantos brasileiros.

### 1.2 Os direitos humanos

Outro aspecto interessante no processo de encarceramento é apontado por Goffman

(1992, p. 17). Esse psicólogo informa diz que a prisão é uma instituição total e, como em outras instituições desse tipo, reúne as atividades de um grupo de pessoas, obrigadas a fazer as mesmas coisas, em conjunto, sob uma única autoridade. Assim, as atividades diárias, semanais e mensais são estabelecidas em horários predeterminados (Goffman, 1992: 17).:

> … uma espécie de "economia pessoal de ação" que ocorre, por exemplo, quando um indivíduo atrasa a refeição por alguns minutos para terminar uma tarefa ou abandona um pouco mais cedo um trabalho a fim de encontrar um amigo para jantar. Numa instituição total (…) os menores segmentos da atividade de uma pessoa podem estar sujeitos a regulamentos e julgamentos da equipe diretora (Goffman, 1992, p. 41)

Thompson explica que o ser humano percebe sua autodeterminação reduzida; ele empobrece, envilece, infantiliza-se. Waite (2010) conclui: "Quando você comete um crime, você, voluntariamente, desiste do direito de escolher. Muito parecido com uma criança, deve fazer o que os outros lhe oferecem para, uma vez que você está à mercê do Estado – para este escolher o seu alimento".

Além disso percebi que nas prisões, em decorrência de os homens estarem privados de liberdade, há premência de que o Estado que prende tenha igualmente o controle sobre os agentes que garantem a efetivação da ordem. Não por desconfiança, mas por que se tratam de seres humanos e, portanto, estão sujeitos a atuar com fundamento em sentimentos e não necessariamente nas leis. Assim, os direitos humanos das pessoas presas devem ser garantidos, em especial aqueles previstos nas primeiras duas gerações, as dos direitos individuais e sociais. Direitos humanos que são um ideal comum para povos e nações, um sistema de valores construídos historicamente que orienta a ordem jurídica, critica a ordem existente e propõe uma utopia (Sorondo, 1991).

Bobbio (1992, p. 24, 64), dissertando sobre os direitos humanos, declarou que a amplitude dos debates sobre os mesmos é um sinal de progresso moral da humanidade, mas relativiza essa necessidade, ressaltando que o problema atual não é encontrar justificativas e sim de garanti-los, protegê-los; sendo pois não de natureza filosófica, mas política. O mestre italiano (1992, p. 10, 42) denuncia a contradição de que na "era dos direitos" existe um grande número de pessoas "sem direitos" e ensina que são exemplos de direitos fundamentais absolutos a não escravidão e o não sofrer tortura.

Trata-se do respeito à dignidade da pessoa humana (Moraes, 2002, p. 59).

Dignidade que, cada vez mais "é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais

mínimas para uma vida com dignidade e, neste passo, de uma existência com sabor de humanidade" (Sarlet, 2002, p. 27), o autor ainda diz que:

> Onde não houver respeito pela vida e pela dignidade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para dignidade da pessoa humana e esta [a pessoa], por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças (Sarlet, 2002, p. 61).

Essa mesma perspectiva aparece em trabalhos sobre os direitos dos presos, como o de Coyle, para quem:

> Todas as autoridades responsáveis pela administração penitenciária têm a obrigação de assegurar que todos os integrantes de seu quadro de servidores e outras pessoas que trabalham em prisões estejam plenamente conscientes da proibição absoluta da tortura e de tratamento cruéis, desumanos ou degradantes (Coyle, 2002, p. 46).

E isso, inclui, por óbvio, o respeito pelo direito dos presos de receberem uma alimentação nutritiva e saudável.

## 2 O PCPA

Para compreender a questão da alimentação no Presídio Central de Porto Alegre, há de se conhecer a casa que existe desde o ano de 1959 e foi construída para albergar 700 presos. Hoje, após reformas e a incorporação de novos prédios, atende menos de 4.650. O PCPA está localizado na Vila João Pessoa, em uma área que já foi considerada distante da cidade e hoje encontra-se a não mais do que vinte minutos de carro do centro de Porto Alegre. Depois da implosão do Complexo do Carandiru (em dezembro de 2002), esse presídio tornou-se o maior existente no Brasil e o segundo maior da América Latina. Em 2008, em virtude de sua superlotação e de seu péssimo estado de conservação, foi considerado um dos piores do País pela CPI do Sistema Penitenciário.

A sua degradação começou em longa data. Mas a partir dos anos 1990 a situação agravou-se. Em julho de 1994, uma rebelião no Hospital Penitenciário, então localizado dentro do Central, permitiu uma fuga que redundou na morte de cinco pessoas. No ano seguinte, em junho, um preso foi morto ao tentar fugir e um novo motim

resultou na destruição de um prédio. Em 25 de julho de 1995, como já referido, o governo do Estado ordenou à polícia militar que substituísse os agentes penitenciários, para garantir a segurança interna do Presídio Central (e na Penitenciária Estadual do Jacuí). No dia 28 do mesmo ano, juízes representantes do Ministério Público e um deputado representante da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos (CCDH) da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, verificaram a situação do estabelecimento e, em 4 de agosto de 1995, a Justiça proibiu o ingresso de novos presos no Central (então ocupados por 1.773 detentos). A decisão foi modificada em setembro de 1995 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que apenas vetou o ingresso de presos condenados.

A 1º de novembro de 1999, a Justiça ordenou a transferência de presos condenados do Central para outros presídios (agora, com lotação de 2.163 homens). Em 14 de outubro de 2003, o corregedor-geral de Justiça reclamou ao Estado que o presídio possuía mais de 3 mil presos e que havia uma interdição para manter ali presos condenados. Em junho de 2008, sob pressão causada pela CPI Sistema Penitenciário da Câmara Federal, o governo do Rio Grande do Sul anunciou que o Central seria desativado e seu prédio, implodido. Em novembro, a pedido do Ministério Público, a Justiça interditou a 3ª galeria do Pavilhão C (o presídio concentrava então 4.810 presos).

No início de 2011, quando realizei a pesquisa de campo, eram 5.300 homens e havia a expectativa de chegar, ao final do ano, a 6 mil (mas existe uma decisão da Vara de Execuções Criminais deteminando que a lotação não ultrapasse 4.650 indivíduos a partir de agosto de 2011). Para administrar esse espaço e pessoas, a BM conta com um efetivo de 330 homens.

Pensar, pois, sobre a comida no Presídio Central de Porto Alegre é refletir sobre a dignidade humana, os direitos humanos de todos e, em especial, daqueles que estão privados de liberdade, reflexão que foi feita também por outros autores aqui citados, inclusive eu mesmo em Rudnicki (1996, 1999). Os presos devem, assim, receber a mesma assistência fornecida ao restante da população, de preferência serem atendidos pelos mesmos sistemas de educação e saúde, por exemplo. No Brasil, em relação ao tema da comida no sistema penitenciário, pouco se sabe. Raras são as informações. O norte-americano Holloway, em pesquisa realizada sobre a polícia no tempo do Império, descobriu que:

> O Calabouço, onde os escravos eram açoitados (...) Era o único cárcere da cidade [do Rio de Janeiro] construído exclusivamente para escravos (...) As condições sanitárias eram horrorosas, assim como o calor e a fedentina nos compartimentos sem ventilação e a escassa comida que os carcereiros deviam fornecer em troca de taxas cobradas dos senhores (Holloway, 1997, p. 65).

A diversidade no que tange a organização das prisões no País tornaria impossível falar de um único modelo. Há casos, como o do Instituto Penal Paulo Sarasate, CE, em que as "refeições" chegam em sacos plásticos (Comissão Parlamentar de Inquérito sobre o Sistema Penitenciário da Câmara Federal, 2008); e há presídios – como o de Lajeado, no interior do Rio Grande do Sul –, que tive a oportunidade de visitar em 2010, nos quais as condições de higiene são bastante positivas. Alguns podem declarar o tema como trivial, mas na tese de Moraes (2005, p. 251) um agente penitenciário revelou que quatro elementos são essenciais para "segurar" a prisão: assistência jurídica e à saúde, visita e alimentação.

## 3 A QUESTÃO NO CENTRAL

Por ocasião da visita da CPI de 2008 ao Presídio Central de Porto Alegre, o seu presidente, o deputado federal Neucimar Fraga, declarou que "Se a vigilância sanitária aplicasse metade do rigor que aplica em estabelecimentos privados, já teria fechado a cozinha [desta Casa]". Além do descumprimento de normas relativas à higiene, para conhecer a questão é preciso saber que a Constituição garante direitos às pessoas privadas de liberdade (em especial em seu art. 5º), todavia, ela não determina a alimentação que elas devem receber. O mais próximo que chega desse tema, revela, no inciso XLVII, artigo 5º, que as penas não podem ser cruéis. Isso nos faz refletir se uma alimentação insuficiente ou ruim poderia ser enquadrada nessa categoria.

Na legislação infraconstitucional, na Lei de Execução Penal, n. 7.210/84, a LEP, verifica-se que ao preso é assegurada assistência material e à saúde, entre outros. Sendo a assistência material definida, pelo artigo 12, como fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas; a lei repete ainda ser direito do preso alimentação suficiente (art. 41) e que "O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração" (art. 13).

Para cumprir essas determinações, o Presídio Central gasta mensalmente mais de R$ 2 milhões (com luz, água, telefone, combustível, salários, medicamentos, materiais para conservação de bens e veículos, cuidados com os cães e alimentação). Levando-se em consideração um número total de 5 mil reclusos, obtém-se um gasto mensal de R$ 522,20 por preso. No que se refere à alimentação, os gastos alcançam R$ 448.025,00 por mês, ou seja, despende-se um valor mensal de R$ 89,60 por preso – ou como 14,6% do salário-mínimo regional do Rio Grande do Sul, R$ 610,00.[2]

### 3.1 A estrutura e o pessoal

Para elaborar as refeições, o Central conta com duas cozinhas, em uma se prepara a alimentação dos presos, conhecida como "cozinha geral", e na outra, a refeição dos

policias militares e demais servidores da Casa (vinculados à Susepe), anexa ao "refeitório funcional". Ambas as cozinhas estão vinculadas à assessoria administrativa. Além delas, há uma cantina onde são vendidos produtos variados – os atuais responsáveis a administram, após vencerem processo licitatório, há 5 anos.

A cozinha geral funciona, segundo informações colhidas, entre 3 e 22 horas, o café começa a ser distribuído às 5 horas da manhã e a limpeza se estende após o final do jantar. O almoço é entregue a partir das 10 horas e o jantar das 16. Devido ao elevado número de presos e pelo fato de a cozinha ter sido dimensionada para uma cadeia com menor população, o preparo das refeições está dividido em dois turnos. Para a cozinha geral estão designados 47 presos e para o refeitório, 15 (o ideal seria 45 e 14, respectivamente). O segundo o sargento responsável pela formação e acompanhamento do grupo informou que, para evitar a falta de mão de obra, sempre há alguém de reserva.

Duas nutricionistas designadas pela Susepe são as responsáveis técnicas. Nas cozinhas também trabalham 17 policias militares: quatro, no refeitório, e treze acompanham a elaboração e a entrega da alimentação nas galerias, além de garantir a disciplina.

Não existe preconceito em relação ao trabalho por esse local ser considerado "feminino". Pelo contrário, 70% dos presos querem trabalhar na cozinha, pois desejam sair das galerias e se estabelecer em um espaço privilegiado – para si próprios e para seus familiares. O sargento responsável ainda acrescentou: "Tem gente que se adapta bem e fica anos. Outros ficam só três dias. Tem que trabalhar, quem é vagabundo não aguenta". Ele apontou como motivos para a falta de adaptação, o ambiente quente, no qual se desenvolvem as tarefas, e o trabalho por vezes pesado (eles têm de descarregar um caminhão de frutas, por exemplo). Ele destacou que se alguém não trabalha, os colegas requerem sua remoção.

O trabalho é realizado de forma séria. Essa é outra razão para desistências. A seriedade refere-se à vigilância. Se nas galerias os presos se organizam e regram seu espaço, quase sem intervenção da polícia (que realiza revistas periódicas, mas sempre quando a galeria está vazia, enquanto os presos "divertem-se" no pátio), na cozinha são presença dos policias militares é constante e impõe ordem.

A alta rotatividade também se deve a constantes desligamentos. A causa principal, e motivo de atenção cotidiana por parte dos guardas, é a "caminhada" – "caminhar", na gíria penitenciária, é comercializar e, no caso, significa que o preso desvia comida ou outros objetos da cozinha para ter uma "moeda" de troca para aquisição de drogas, outros objetos ou vantagens junto aos colegas.

Para quem deseja trabalhar na cozinha, o processo de solicitação é tem várias fases. Começa com uma entrevista em um encontro com uma psicóloga. Esta elabora uma relação com nomes e as experiências de cada uma, que é distribuída aos vários setores da prisão que necessitam de trabalhadores. Quando o pedido chega ao almoxarifado, o sargento encarregado realiza nova entrevista com o candidato, verifica o

comportamento, o caráter e crime cometido pelo interessado, buscando saber se aquele se adaptará e se vai oferecer garantias mínimas de segurança e estabilidade emocional para no trabalho (nesse momento são excluídos os que possuem histórico de fugas e uso de drogas). Psicóticos também são excluídos, pois utilizarão facas e, mesmo que o uso seja limitado e sempre controlado por policiais, deve-se evitar "acidentes". Nessa entrevista também se considera o fato de o preso possuir experiência profissional ou técnica anterior. Vencidas todas as etapas, o sargento requer a "liga" (permissão de trabalho), que deve ser aprovada em outros três setores administrativos.

Importa destacar que a cozinha geral possui quatro autoclaves, para o preparo da alimentação da massa carcerária e um fogão industrial, para trabalhadores da cozinha e merecedores de dieta especial. Para fazer funcionar as autoclaves existem duas caldeiras que funcionam, alternadamente, 24 horas por dia, e são mantidas por dois presos. As panelas aparentavam estar limpas, apesar de velhas e atiradas ao chão e outros lugares. As colheres para mexer a comida são de madeira ou de metal. Em todos os lugares havia caixas com vegetais, de plásticos e de madeira. Na área onde os presos tomam sol, panos de chão espalhados para secar. Ali também havia dois banheiros (com patentes turcas), pias para lavar roupas. No dia em que lá estive, observei duas caixas, uma com cascas de chuchu e outra com pedaços do vegetal, ambas no chão encharcado.

No piso da cozinha, todo molhado, de concreto (existiam lajes, mas estas desaparecem), caminha-se sobre estrados de madeira. As paredes mostravam que um dia tinham sido cobertas de azulejos, mas somente alguns ainda "sobreviveram". No setor de cortes, dois balcões, um de madeira e outro de aço inoxidável. Percebi pedaços de papelão no chão e em cima de alguns balcões. Moscas voavam em todos os espaços da cozinha e o vapor predominava, pois a ventilação é realizada apenas por pequenas janelas localizadas no teto (bastante sujo). Percebi locais destinados para limpeza: torneiras de uso geral, não vi lavabos com sabonete.

O lixo é separado em orgânico e reciclável, e o Departamento Municipal de Limpeza Urbana o recolhe diariamente. Há separação de óleo e, sobre o galão onde é recolhido, estão colocados "engradados" de ovos e um saco de arroz.

A estrutura física da cozinha está velha, necessita de reformas (uma nova está sendo construída, mas as obras pararam há alguns meses, quando estavam quase concluídas; nem o comandante sabe a razão, mas parece que houve divergência entre o Estado e a empreiteira a respeito de valores devidos). Além disso, faltam equipamentos e o material disponível não se encontra em boas condições.

Todos os presos que trabalham na cozinha usam uniformes; as toucas deixaram de ser utilizadas, pois ficaram velhas e não foram substituídas.

A esse respeito, uma das nutricionistas revelou que os materiais e utensílios solicitados dificilmente chegam e, quando isso acontece, os presos não cuidam e logo se deterioram. Ela destacou que os responsáveis pela aquisição não atuam em casas

prisionais e não entendem por que ali duram tão pouco. Ela contou que os burocratas reclamavam dos pedidos reiterados, já que em outros órgãos do Estado a durabilidade é maior. A nutricionista explicou: "Esse material não é dele, o preso não é servidor do Estado, ele não se preocupa com cuidados básicos. O que em outros lugares dura 'x', aqui dura menos".

O refeitório dos servidores conta com um fogão industrial e os demais equipamentos necessários para o bom funcionamento de uma cozinha.

### 3.2 As refeições

A nutricionista explicou que a comida servida diariamente divide-se em cinco itens: arroz, feijão, carne, guarnição (massa, polenta ou refogado) e salada. Elas organizam um pedido de ingredientes com fundamento nas necessidades do número de presos existentes, mas não possuem ingerência sobre o cardápio, a forma como os pratos são preparados. Isso é definido pelos trabalhadores da própria cozinha. Tarefa que não é difícil, tendo em vista a escassa variedade disponível, além do fato de que para o preparo não existem mais do que quatro autoclaves. Assim, o preparo se resume em colocar o alimento nas máquinas e esperar o cozimento. A nutricionista complementou: "Não tem como ficar boa. Comida de autoclave não é saborosa".

De toda forma, o sargento informou que ela é suficiente. A partir dos indicativos da nutricionista, ele calcula a comida necessária a ser distribuída a cada galeria. O cálculo, elaborado a partir do número de presos alojados, se transformará em um número de panelas que será entregue em cada uma das galerias do Central. A divisão do alimento cabe aos presos, conforme sua organização interna.

### 3.3 Os presos-cozinheiros

O preso 1, de 39 anos, casado, uma filha de 1 ano e 8 meses, foi preso pela primeira vez aos 21 anos (logo, antes de a Brigada assumir a segurança interna do Presídio), "quando o fogão aqui era a lenha", agora condenado a uma pena de um ano e nove meses, chegou à cozinha 15 dias depois de entrar na prisão. Ele contou que veio direto da triagem (local onde os presos aguardam a designação de uma galeria), pois foi reconhecido por um sargento que frequentava o restaurante do seu pai, na Avenida Bento Gonçalves, próximo ao presídio. O homem não trabalhava com o pai, apenas costumava ajudar quando a cozinheira faltava. Como a mãe trabalhava no Senac, tinha feito diversos cursos, inclusive de panificação (com duração de 4 meses) e de frutos do mar (3 meses). Também costumava cozinhar em casa, pois a esposa trabalhava fora. Ele disse que fazia as mesmas comidas que prepara hoje, porém tinha mais opções de ingredientes (peixe, ovos de codorna), ressaltando que "No básico, a comida é a mesma".

Ele revelou que era o mais experiente na cozinha, e disse: "Tenho a mão cheia". Explicou que está responsável pela comida para os trabalhadores da cozinha, cerca de 40, mais uns 30 que realizam atividades nas proximidades. Confirmou a afirmação da

nutricionista, dizendo ser o responsável pela definição do cardápio. Destaque-se que ele cozinha no fogão existente na cozinha geral, ou seja, prepara menos de cem refeições. Sobre essa comida, em conversa informal, um sargento disse: "Uma vez prepararam polenta frita. Precisava ver, sequinhas, nunca vi tão bonitas". Para essas refeições, ele pode optar por cozer, assar ou fritar, e diz não repetir os pratos para que os presos não enjoem, e acrescentou: "Em dia de visita, dou uma melhorada".

No dia da entrevista, ele relatou que iria preparar para o almoço arroz à grega, feijão, salsichão assado, carne de panela, batata frita, cenoura, chuchu e tomate. Disse ter como prato preferido "*à la minuta*", esclarecendo que é composto de bife, batata frita, feijão e arroz, e que também gosta de peixe à milanesa, camarão alho e óleo, arroz à grega. Como sobremesa, quindão e doce de leite. Ele ensinou que o fundamento para o bom funcionamento da cozinha é a higiene e o tempero. Contou que fala muito com as nutricionistas, que teve aulas com elas e aprendeu a não exagerar, não usar muito óleo. Percebeu pouca diferença entre a comida do presídio e fora dele, e entende que hoje, ainda que sejam muitos presos, a comida está bem melhor do que era no passado. Revelou que antes era racionada, faltavam ingredientes, tinham pouco óleo e pouca cebola. Disse que não é possível compará-la com a do presídio de Bento Gonçalves, onde também esteve interno, onde cozinhava para cerca de 210 presos: "Lá a comida era melhor, o preparo era no fogão, não no vapor" (concordando, novamente, com a nutricionista).

Além da cozinha geral, esse detento esteve no refeitório dos funcionários e trabalhou no andar da direção, mas ele optou por ficar na cozinha geral para ter mais espaço para a filha correr quando das visitas. Mostrou-se muito simpático durante a entrevista, mas um policial disse que ele é muito reclamão e outro, em conversa informal, disse que esse detento trocara o refeitório para poder "caminhar". Falou que, ao sair, pretendia trabalhar com comida. Não falou no restaurante do pai, mas tinha expectativa de abrir um *trailer* com as reservas que acumulou: "Tenho uns dois carros para vender", comentou, "é o que gosto. Sei fazer "xis", carne assada em máquina. E dá grana. Alimentação benfeita, as pessoas buscam isso".

O preso 2, 29 anos, "ajuntado", tem uma filha. Em casa cozinhava eventualmente. Contou que fazia bicos (servente de obra, pintura, gesso, fiação de computador); no final da entrevista acrescentou que era proprietário de um ferro-velho e pretendia voltar a trabalhar nessa área, que chama de reciclagem. Falou da pena de um ano e três meses por tráfico e que está respondendo a outra "bronca", por homicídio. Pediu para trabalhar para ter condições de melhor receber a visita da família e receber remição.[3] Ficou três meses conduzindo o carrinho ("pagava" comida nas galerias; pagar, no caso, significa entregar); três meses como "paneleiro" (assim são chamados os que cozinham nas autoclaves); daí passou para o refeitório e, há cinco meses, é cozinheiro.

Esse detento aprendeu muito olhando. Para ser "paneleiro" só lhe ensinaram as quantidades que devem ser colocadas: 6 litros de azeite, 3 quilos de sal e 150 de arroz.

Depois, é só colocar água fervente, "bater" (mistura) e fechar a tampa. No refeitório aprendeu a importância de lavar as mãos. Lá picava vegetais, colocava nos recipientes e levava ao *freezer*; aprendeu também a fazer maionese, lasanha e queijo. Pediu para sair, pois, revelou estar acostumado a trabalhar duro e considerava que na cozinha o serviço era parado. Por conta disso acabou engordando. Hoje é uma espécie de coordenador da cozinha.

O preso 3, 27 anos, tem um filho e está há dois anos na prisão. Antes de ser internado trabalhava com instalação de tubulação de gás central, morava com os pais e se "virava" na cozinha. Estava há dois meses na cozinha da prisão e trabalhava dia sim, dia não, durante 15 a 16 horas (menos do que as 19 horas de funcionamento da cozinha apontadas pelos responsáveis). Revelou fazer por dia de trabalho quatro panelões, o correspondente a aproximadamente 600 quilos de arroz, outra igual medida de feijão, e mais uma de mistura (que pode ser massa com galinha ou picadão de carne com cebola, tomate e batata). Achava que o trabalho não era difícil, mas cansativo. Contou que os colegas o ensinaram a cozinhar e mesmo estando a pouco tempo na atividade, já ensinara outros a utilizarem a autoclave. Entendia que a vantagem de trabalhar na cozinha estava na remição e na alimentação: "É como se estivesse em casa, não é como na galeria, onde não tem fruta. A comida é boa, se come comida de verdade".

Esses pontos são vitais para a opção pelo trabalho na cozinha, mas a razão definitiva é por ela ser um ambiente mais saudável para se receber visitas.

O entrevistado 13, 33 anos, "amontoado" (termo utilizado por ele), três filhos, estava a cinco meses no Central e ainda não tinha sido julgado. Há um mês vive na cozinha; pediu para ir para lá porque os outros diziam ser um local melhor para as visitas. Ele confirmou essa informação e acrescentou que os visitantes não precisam levar "sacola" (sacola contendo reforço alimentar e guloseimas), pois a alimentação era diferenciada. "De fato, a comida não tem comparação com a da galeria, é ótima, a comida do panelão é bem mais grosseira, para não dizer, ruim". Isso reduz os gastos dos familiares com as visitas (com a compra de gêneros alimentícios). Mesmo sem experiência anterior, hoje ele prepara os *kits* dos doentes. Faz mingau – 24 litros por dia (para tanto utiliza 22 litros de leite, 2 kilos de amido de milho, aveia e açúcar) – e ainda cozinha 5 ou 6 quilos de fígado sem sal, corta figos e prepara pão com gemada. Junta tudo com leite de caixinha e frutas e entrega para os plantonistas das galerias onde vivem os presos com necessidade de dieta especial.

Há dois anos em Atividades de Valorização Humana (AVH), um setor beneficiado por receber comida preparada no fogão, o preso 14, 42 anos, mantém uma relação estável, tinha 8 filhos (um deles morreu) e está há 2 anos e 7 meses no Central. Quando chegou ao presídio pesava 92 quilos, teve depressão e perdeu peso, depois de se batizar em uma igreja evangélica melhorou e estava pesando 104 quilos. Ele jejuava muito à noite, decisão tomada a partir de um pacto feito com "D'us" e

disse que a comida da AVH é diferente da recebida na galeria: "É melhor, 50% melhor". No dia da entrevista almoçou macarrão com carne, arroz, feijão e maçã, tinha recusado a salada de alface. O prato preferido fora da Casa era justamente macarrão, também gostava de comer frango e lasanha; na prisão gosta do que oferecem, até porque não dispunha de dinheiro para compras na cantina.

A única entrevista discordante foi a do preso 15, 32 anos, solteiro, uma filha, há 8 meses e 10 dias no Central. Ele apressou-se a dizer que era a "primeira e última passagem". Há cinco meses está na AVH; antes trabalhou na copa da própria "Atividades", onde preparava café, chá, água para chimarrão, fazia faxina e artesanato (nos momentos vagos). Não tendo acesso à balança, achava que mantinha o mesmo peso, embora tenha alterado muito a sua alimentação. Antes comia mais, agora sentia falta de lasanha e pizza. Teve uma infecção intestinal e tentava comer só pão. Contou que o almoço daquele dia tinha sido arroz, feijão e salsicha – e reclamou que estava salgado: "Ardia a boca, não dava para comer, a comida é horrível". Relatou desgosto com a repetição do cardápio: "É sempre arroz, feijão e guisado; arroz, feijão e salsicha, praticamente igual", além disso "a massa é um grude só, dá para rebocar a parede. E só vem dia de visita". Mesmo usufruindo da comida do fogão, reclamou muito; sugeriu que podia ter arroz com galinha ou "carreteiro". Se por um lado pode ser acusado de "reclamão", por outro foi o único que fez questão de descartar um retorno à prisão.

O preso 10, 43 anos, filho de um médico, casado com uma advogada, 3 filhas. Ele não completou o terceiro grau: cursou Direito (4 anos), Arquitetura (3 anos), e Psicologia (2 anos). Estava preso há 4 anos e 7 dias e era o cantineiro da 2ª galeria do pavilhão A há três anos e meio. Ele explicou que o cantineiro abastecia a galeria de materiais que a cadeia não oferecia, que precisava ser alguém de confiança dos presos, pois a função envolvia o manuseio de muito dinheiro. Olhando para o sargento que acompanhava a entrevista, acrescentou que também precisava ter confiança da Brigada, caso contrário eles o removeriam. O trabalho consistia em, à noite, preparar uma lista com as necessidades dos presos da galeria, recolher o dinheiro e ir ao "supermercado" (expressou-se de forma irônica) para, na volta, dividir os produtos entre os compradores. Reclamou que na cantina faltavam produtos e pessoal, e que havia burocracia demais (citando notas fiscais em três vias). Há que se destacar que apenas o cantineiro podia sair da galeria para ir até a cantina uma vez por dia. Essa é medida de organização e, em especial, de segurança. Como os presos se dividem por facções inimigas, seria impensável que todos pudessem ir ao que o preso 10 chamou de "supermercado". Por isso, cada cantineiro mantém, na sua galeria, uma minicantina onde vende bolachas, refrigerantes e outros produtos.

O preso 10 revelou aplicar ágio de mais ou menos 30% e que parte desse dinheiro era usada para preparar o almoço das visitas. Ao todo, calculou, girava com uma média semanal de R$ 10 mil. Contou que em casa tinha tudo que se podia imaginar:

máquina de pão e máquina de fazer massa. Pretendia comprar um *grill Georges Foreman* e disse ter permissão da direção para levá-lo para dentro da prisão.

Esse detento gostava de cozinhar, hábito que adquiriu com o pai, e tinha se especializado no Senac. Mesmo assim, seu gosto era simples e o prato preferido, quando em liberdade, era bife a milanesa, batata frita, feijão e arroz. No Central, sentia falta de comer mais frutas: "Em casa tem um pomar e eu gosto das frutas da estação". Em relação à comida recebida das panelas, entendia que ela tem qualidade, mas achava que os presos não cozinhavam direito: "Já vi o depósito, com aquilo podiam fazer melhor". Reclamou dos horários: "São ruins"; disse que era por isso que faziam o "recorte" (como chamam a comida de cadeia "melhorada" pelos próprios presos, que esquentavam a comida, agregavam tempero ou ingredientes trazidos pelas visitas ou comprados na cantina). Ele cozinhava muito e por isso utilizava – isso foi destacado com orgulho –, panelas Tramontina, compradas em Carlos Barbosa, RS, onde se localiza a fábrica.

Calculou já ter preparado mais de 328 almoços para as visitas, com comida para 180 pessoas. Revelou contar com uma equipe de cinco pessoas, 20 panelas e 14 fogões (ele explicou que são, na realidade, são espiriteiras elétricas feitas artesanalmente com tijolos ou pedras e resistências de chuveiro). No dia da entrevista, faria compras para um desses almoços. Mostrou a lista: 16 quilos de arroz, 2 de sal, 1 de *bacon*, 5 de feijão, ½ de alho, 12 de polenta, 2 de café, 2 de açúcar, 3 de cebola, 10 de tomate, 18 de guisado, além de fumo em corda ("palheiro"), tempero verde e em pó, orégano, copos plásticos, esponja, sabão e "Omo". Com tudo isso, conta que engordou quando chegou à prisão e que essa era a regra entre os presos, "Em geral, engordam". Achava que na cantina deveria ter, como no "Supermercado Nacional", uma "terça-feira verde", com maior variedade de frutas e verduras com preço diferenciado: "É questão de saúde".

O preso 8, 32 anos, casado, 4 filhas, estava no pavilhão B, 1ª galeria, e falou sobre a comida preparada nas autoclaves. Entrou pela primeira vez no sistema penitenciário em 1998. Está, pois, vinculado a ele, entre idas e vindas, há 12 anos. A última entrada acontecera dois anos antes. Revelou que a comida era melhor, que antes tinha até mesmo sujeira misturada. No dia da entrevista, como estava em trânsito, não havia almoçado (embora passasse das 14 horas). No dia anterior comera arroz, carne, feijão e salada de alface. A sua comida preferida na prisão era massa com galinha, sendo irrelevante se o prato fosse preparado na galeria ou na cozinha geral. Mas disse que seria melhor se a comida fosse entregue crua na galeria, para eles mesmos cozinharem. Dizia-se feliz agora que podia comprar mostarda e *ketchup* na cantina para colocar no cachorro quente (a salsicha também é comprada na cantina). Contou ainda que por vezes ele e os colegas solicitavam algo especial na cozinha (uma porção extra de frutas, por exemplo) e recebiam.

O preso 9, 27 anos, casado, um filho, também do pavilhão B, 1ª galeria, estava há 5 anos no presídio. Ele contou que antes a comida vinha crua, tinha de "recortar",

mas "agora pode comer direto". Reclamou da salada, que vinha sem tempero, e eles só tinham óleo e sal – faltava vinagre (não é vendido na cantina). Revelou gostar de frutas e destacou que elas chegam sem variedade, é sempre maçã, laranja ou banana. Antes comia muita manga e suas comidas preferidas eram "*à la minuta*" e churrasco. No presídio gostava de galinha frita, arroz e feijão. No período de cumprimento de pena, ganhara peso.

### 3.4 A comida dos agentes

Uma terceira realidade, concernente à comida no Central, refere-se ao alimento preparado para os encarregados pela segurança da Casa. Para tal existe, como já descrito, uma cozinha específica. A peculiaridade desta é que os quatro cozinheiros são policiais militares e os presos somente auxiliam, ou seja, fazem a higiene dos alimentos, lavam e cortam. Eles, por segurança, não tocam nas panelas.

Um soldado, na Brigada há vinte anos, é um dos cozinheiros. Ele morava em Santiago (como todos os integrantes da força-tarefa, era oriundo do interior do Rio Grande do Sul), onde fez policiamento. Estava no PCPA havia dois anos e já trabalhara no presídio de Osório. Contou que na BM tinha poucos cozinheiros, que sua família, na cidade natal, tinha um bufê, e que ali aprendera a gostar de cozinhar: "Se não gostar, não fica na cozinha, é setor puxado, prepara alimento para 300/350 pessoas por dia". Ele destacou que é diferente cozinhar no bufê e na cozinha do refeitório, pois no primeiro havia variedade (citou: creme de leite, requeijão, *champignon*), e no presídio, só o básico, mas ressaltou que a qualidade era boa.[4] E, mesmo quase oferecendo uma receita de estrogonofe, o policial afirmou preferir, na rua, lasanha, e no presídio, feijão. Para completar, informou que quando está trabalhando em uma penitenciária engorda, mas não culpa a comida, pois come menos por estar envolvido no preparo, ingere muito suco e chimarrão e perde o apetite; a razão principal era a falta de atividade física.

### 3.5 A perspectiva técnica

Foi interessante observar como a comida é vista do ponto de vista técnico, ou seja, sob a óptica das nutricionistas (apenas uma foi entrevistada). Ela estava há 9 anos no sistema, mas disse que gostaria de sair; antes, permanecera um ano e meio no complexo de Charqueadas (uma vez por semana ainda ia lá), e quatro na Penitenciária Feminina Madre Pelletier, que considerava ser muito pior: "Imagina todas aquelas mulheres gritando, estressando-se.". Há dois anos atuava no Central e considerava que trabalhar com a Brigada era melhor. "Se fica mais segura, os presos andam algemados, se tu grita, correm 500 brigadianos". Esclareceu que não achava o pessoal da Susepe ruim, mas percebia um treinamento diverso.

Em relação às suas atribuições, destacou as de cálculo de pedido mensal de alimentação, requisição de limpeza da caixa d'água, dedetização e desratização – que não

são feitas. "Um sargento, no primeiro dia em que entrei na cozinha, ao ver o enorme número de moscas voando, me disse: 'Pedimos dedetização três vezes para a Susepe e nada aconteceu até agora'." Ela também calcula o Índice de Massa Corporal (IMC).

Essa é uma questão delicada, pois um IMC baixo significa receber comida diferenciada (o já citado *kit*), com o acréscimo de alguns itens, o que os presos consideravam privilégios. Logo, muitos o reivindicavam.

Fazem jus a dietoterapia, com prioridade, portadores de HIV que utilizam medicação, pessoas com hepatite ou tuberculose, diabéticos, hipertensos, obesos, desnutridos e outros (dentre os quais os cadeirantes). Conforme suas necessidades, esses indivíduos podem receber complementação com mais frutas, frango sem pele, fígado, mingau, leite em caixinha (integral ou desnatado), Sustagem e aveia. Ainda que possam parecer frugais, como quaisquer outros, na prisão, esses itens são valorizados – especialmente por drogaditos, que muitas vezes querem trocá-los por drogas (a segurança fala sobre isso com naturalidade, dizendo que a droga entra na Casa e não há como evitar isso) ou usá-los para pagar dívidas.

A nutricionista contou a história de um preso que pedia Sustagem para engordar. Ele, de fato, estava magro, mas o IMC não indicava nível patológico. Ela explicou que não havia recomendação para o caso, mas ele retrucou: "Então vai ter de esperar eu definhar?". A nutricionista observou que outro preso, ao ver a cena, fez um gesto de negação com a cabeça, depois, ele perguntou: "A senhora acreditou nele?". Ela revelou que basta olhar para a ponta dos dedos para saber se é viciado e se o sujeito quer o *kit* para si ou para vender. Por isso, ela achava que cada preso tinha de receber uma bandeja em refeitório. O risco de não fazê-lo, acrescenta, é que tem preso que não come, por precisar vender ou porque os outros não deixam."

Ela reclamou da falta de equipamentos na cozinha, exemplificando com um caso, relativamente comum, de pessoas que chegam ao Presídio com problemas na mandíbula, que estão com a boca suturada, que só podem ingerir alimentos líquidos. Como a cozinha dos presos não tem liquidificador para fazer um caldo, é preciso solicitar o equipamento no refeitório dos funcionários.

No que tange à cozinha geral, a técnica oferece orientação relativa à higiene, desperdício e preparo. Ela ainda requer exames laboratoriais para permitir que um preso trabalhe nas cozinhas (aqueles com tuberculose ou hepatite A, p.ex., não podem atuar nessa função; com HIV, podem).

Os policiais explicaram a rotatividade pelo fato de muitos se assustarem com o trabalho pesado e de terem de "desligar" (revogar a "liga", autorização de trabalho) quem é flagrado praticando desvio de comida.

Além disso, a nutricionista destacou a falta de mão de obra especializada e o desperdício. A preguiça faz com que comida seja mal descascada. Lembrou de uma oportunidade, no Instituto Penal Escola Profissionalizante, em Charqueadas, RS, em que vira vegetais inteiros no lixo (abóbora, milho e rabanete), por que os presos tinham

preguiça de descascar. Nessas horas, relatou que "discursa", citando as famílias dos próprios presos que, por vezes, passam fome.

O desperdício refere-se também à luz, pois há muitos "fogões" elétricos artesanais nas galerias. Por causa disso, se diz favorável à terceirização. A nutricionista revelou não possuir nenhuma ingerência sobre a cantina. Contou ainda que não foi consultada sobre a construção da nova cozinha, que só ficou sabendo quando a obra já estava em andamento e fez críticas: "O piso não é adequado, a ventilação não é adequada, as cubas não atenderão a demanda. Para onde vai o esgoto?". Revoltou-se quanto ao tamanho. Isso demonstra que de fato ela não foi consultada nem informada. O comandante esclarecera, em nossa primeira entrevista, que a cozinha, no futuro, seria formada pela nova e pela velha – elas são contiguas e ao terminar a reforma de uma, a outra deverá ser reformada para, ao final do processo, o Presídio contar com uma cozinha com capacidade para atender o número de presos que abriga.

A mesma nutricionista disse que solicitaram uniformes, que todos possuíam jalecos, e que só os do refeitório recebiam touca, mas não queriam usar: "Toca é para bicha". Essa é a única referência a reclamação de perda de masculinidade por estarem na cozinha. No mais, cozinhar é como um trabalho como outro qualquer, com as vantagens extras de oferecer um espaço mais adequado para as visitas, e ainda poupá-las de gastar com "sacolas", e garantir uma comida melhor. É necessário acrescentar ainda, como atrativo da cozinha, a chance de "caminhar".

Também foi ela que ofereceu uma versão alternativa para o "recorte". Se a guarda e mesmo os presos se referem a ele como forma de esquentar a comida, se apareceu nas entrevistas, por vezes, como forma de melhorar a quantidade ou qualidade da comida, a nutricionista disse que o "recorte acontece decorre do medo de serem envenenados.

Resumindo sua atuação, a técnica relatou que não se pode dizer que "fazemos [ela e sua colega] o trabalho efetivo de uma nutricionista". Faltam condições; não se coloca em prática o que foi aprendido na faculdade; não há como ensinar higiene se o Estado oferece uma cozinha sem condições, sem sabão, sem sabonete. "Trabalhamos com o que temos e fazemos o que se pode fazer", conclui.

## CONCLUSÃO

Comer, além de ser uma necessidade biológica, representa amizade, amor, comunicação. Contudo, quando se trata do comer dentro de uma prisão, surgem aspectos ainda mais relevantes. A relação entre comida e direitos humanos nas instituições penitenciárias possui vários vieses – muitos, *a priori*, irrelevantes no contexto brasileiro (como de liberdade religiosa e respeito às leis alimentares oriundas de preceitos religiosos), outros não (como a higiene quantidade e qualidade da comida servida).

Neste artigo busquei conhecer a relação entre comida e direitos humanos no Presídio Central de Porto Alegre, RS, através da opinião dos presos responsáveis pela

preparação dos alimentos para os detentos. A ideia era de saber se a forma de produção e distribuição, e se a comida em si, respeita os direitos humanos dos reclusos.

A principal hipótese dizia que não, e foi construída com fundamento no relatório da CPI de 2008, sobre o sistema prisional brasileiro. Ao realizar a pesquisa de campo, contudo, surpreendi-me com a percepção de que para os presos a comida é bastante razoável. Ao conversar sobre isso com o tenente-coronel da BM, que comanda o Presídio, ouvi que as reclamações são diferentes entre quem visita o presídio e quem vive lá. Acrescentou que os presos não reclamavam da higiene ou da qualidade da comida, mas, ocasionalmente, queixavam-se da quantidade. A melhora da alimentação nunca foi reivindicação dos presos; eles reclamam da falta de uma cancha de futebol. Segundo ele, a única coincidência entre as reclamações dos dois grupos refere-se à superlotação.

A compreensão do porquê da falta de reclamações talvez devesse ser buscada fora do sistema, em pesquisa que se propusesse a conhecer a alimentação dos reclusos em suas casas. Para entendê-los, seria preciso verificar a alimentação do brasileiro fora do presídio, a fim de compará-las. Essa comparação deveria considerar a alimentação de pessoas pobres, "clientela" preferencial do sistema penitenciário. Isso é fundamental, pois o gosto é uma questão de classe e as acusações contra a comida da prisão advêm de pessoas acostumadas com outros sabores (deputados, juízes, promotores, defensores dos direitos humanos).

A opinião da nutricionista revelou problemas, mas isso não significa que a comida não seja nutritiva ou que a higiene, diferente da desejável, seja tão terrível que resulte em casos de infecção alimentar em massa no Presídio Central. Ali a higiene é reconhecida por todos como um elemento importante. Como esclareceu um preso, o fundamento da cozinha é a higiene (e o tempero). Em todas as visitas que realizei percebi pessoas lavando o chão e as panelas, ainda que, como frisou a nutricionista, sem as condições devidas. No Presídio Central, a higiene está no limite; agride quem está acostumado a outro padrão, mas consegue evitar o aparecimento de enfermidades.

Superada a questão da higiene, importa definir "comida boa". A comida do presídio parece acompanhar a lógica que percorre as observações dos autores que têm se preocupado com o tema, como Waite (2010), Mate (2010) e Wilson (2010): que a comida seja saudável e suficiente para alimentar a massa carcerária.

Todavia, as entrevistas mostraram que, quem deseja uma comida diferenciada, com menos repetição, busca trabalhar na cozinha (as entrevistas demonstraram haver dois níveis de alimentação para os presos). Além disso, a vantagem de trabalhar na cozinha está na remição, na desobrigação de os familiares trazerem "sacolas", na possibilidade de "caminhar" e, em especial, no espaço privilegiado para receber as visitas.

Cabe destacar ainda que a comida adquire importante função relativa aos aspectos emocionais (amor, hospitalidade), e sociais, quando se sabe que em dia de visita uma refeição especial é elaborada para compartilhar com os que vêm de fora.

Afirmo que as entrevistas mostraram que, em regra, todos estão satisfeitos com a alimentação percebida (e ganharam peso durante a execução da pena). É relevante ressaltar a reivindicação de muitos, no sentido de serem oferecidas mais frutas, e em maior variedade, bem como a fala do cantineiro, que revelou que a venda de produtos dentro da galeria se concentra em bolachas e refrigerantes.

O descaso do poder público surge quando se verifica que a nova cozinha não parece ter passado pela análise de um arquiteto ou de engenheiro preparado para projetar esse tipo de ambiente. O piso e a ventilação não são adequados, por exemplo.

Há que se referir a outra hipótese que não se confirmou: os presos não têm preconceito com um trabalho que muitos identificam como feminino. No Presídio Central ele é percebido pela massa carcerária como apenas mais uma possibilidade de atividade laboral.

Por fim, tendo em vista que no Central as refeições não são realizadas em refeitórios e que a comida é "recortada", aspectos da vida carcerária percebidos por Goffman (1992), Thompson (2002) e Waite (2010) encontram-se minimizados. É evidente que no presídio há um adestramento (basta ver os presos caminharem), mas sua influência no cotidiano mostra-se fragilizada pela falta de estrutura da casa prisional: não há horários para os presos comerem e o cardápio, embora tenha uma base comum, pode ser alterado, principalmente em seu sabor, através do uso de temperos conseguidos dentro das galerias.

Assim, afirmo que a alimentação dos presos no Presídio Central de Porto Alegre respeita os direitos humanos dos reclusos. Destaco, entretanto, que isso não significa dizer que a vida no PCPA esteja conforme aos direitos humanos; não está, a superlotação é o problema maior e redunda em diversos momentos no desrespeito aos direitos humanos daqueles que são obrigados a lá viverem. No que tange ao primeiro objetivo deste trabalho, devo admitir que os direitos humanos são respeitados.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 05/08/2011*

NOTAS

Agradeço ao tenente-coronel Leandro Santini Santiago, pela oportunidade e pelos encontros nos quais ele me auxiliou a compreender a realidade da prisional. Agradeço também ao sargento Clébis Silvio Motter e a todos que me auxiliaram na elaboração deste trabalho.

1 Desde 1995, após rebeliões, a Brigada assumiu o controle da administração desse Presídio.

**2** Dados informados pela administração do PCPA durante uma das visitas.

**3** Lei de Execução Penal, artigo 126: "O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. §1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho.

**4** Pude comprovar isso, pois em uma das visitas me convidaram para comer junto com os guardas. Havia carne de gado assada, galinha assada, feijão, arroz, batata cozida, massa e salada de tomate, além da sobremesa. Houvesse suco para acompanhar a refeição, mas cada mesa nas quais se reuniam grupos de 6/8 pessoas comprava um litro de refrigerante. A comida, embora fria, estava boa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


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

BOURDIEU Pierre. *Questões de Sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BOURDIEU, Pierre. (Coord.) *A miséria do mundo*. Petrópolis: Vozes, 1997.

BRASIL. Câmara dos Deputados.Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro. 2008. Disponível em: www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf . Acesso em: 9 fev. 2008.

COYLE, Andrew. Administração penitenciária: uma abordagem de direitos humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2002.

DOSTOIÉVISKI, Fiodor M. *Memórias da Casa dos Mortos.* Rio de Janeiro: Ediouro (s.d.).

GREENWOOD, Arin. *Taste-Testing Nutraloaf: the prison food that just might be unconstitutionally bad*. Disponível em: www.slate.com/id/2193538. Acesso em: 10 abr. 2010.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.

HOLLOWAY, Thomas H. *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas: 1997.

HUC, Marie-Line. Entrevista. Disponível em www.i-dietetique.com/?action=articles&id=5331. Acesso em: 17 abr. 2010.

MARX, Karl. *O capital*. Livro 1, v. 1, t. 2. São Paulo: Abril, 1984.

MATE, N. *What is Prison Food Really Like?* A Review of the New Post-National Menu Prison Fare. Disponível em: www.associatedcontent.com/article/903939/what_is_prison_food_really_like_a_review.html. Acesso em: 10 abr. 2010.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MORAES, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da Constituição e a transformação espacial dos Direitos Humanos*. Porto ALEGRE: Livraria do Advogado, 2002.

POULAIN, Jean-Pierre. *Sociologies de l'Alimentation*. Paris: Quadrige/PUF, 2007.

ROWLEY, Anthony. *Une Histoire Mondiale de la Table*. Paris: Odile Jacob, 2009.

RUDNICKI, Dani. Prisão, Direito Penal e respeito pelos Direitos Humanos. In: José Vicente Tavares dos Santos. (Org.) *Violências em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999, p. 544-570.

_____. Sobre a pena de prisão. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 727, p. 345-365, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SORONDO, Fernando. *Os direitos humanos através da história*. Porto Alegre: Movimento de Justiça e Direitos Humanos, 1991.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAITE, Jennifer. *Prison Food:What Are America's Inmates Eating?*. Disponível em: www.associatedcontent.com/article/1622123/prison_food_what_are_americas_inmates.html?cat=51. Acesso em: 10 abr. 2010.

WILSON, Donovan W. *Prison food: not fancy, but*. Disponível em:

www.nytimes.com/1982/12/19/nyregion/prison-food-not-fancy-but.html?&pagewanted=all. Acesso em: 10 abr. 2010.

*Dani Rudnicki*

Professor do PPGD, Centro Universitário Ritter do Reis, RS
Mestre em Direito pela Unisinos
Doutor em Sociologia pela UFRGS

Rua Marechal Floriano, 49, 2º andar
Centro – 90020-060
Porto Alegre – RS – Brasil
*danirud@hotmail.com*

# A ARMADILHA DO TRABALHO:
## REFLEXÕES SOBRE TEMPO, DINHEIRO E PREVIDÊNCIA

*Daniel Viana Teixeira*

*THE TRAP OF WORK: REFLECTIONS ON TIME, MONEY AND WELFARE*

**RESUMO**

A crise financeira internacional reavivou o debate sobre o papel do Estado na economia e sobre a tensão entre o endividamento público e a crescente demanda por prestações sociais de saúde, previdência e assistência. Sendo o cuidado e a assistência essenciais para a manutenção da vida humana em sociedade, a simples restrição dessas prestações estatais – recomendação técnica recorrente para a solução do problema – não parece ser uma alternativa. Dados os incentivos e injunções sociais para que os indivíduos busquem trabalho remunerado e se afastem das necessidades do ambiente familiar, caberia um reequilíbrio entre os incentivos sociais a essas diferentes modalidades da atividade humana. Os sistemas públicos de previdência podem funcionar como instrumento para o oferecimento de condições materiais para que os indivíduos possam, eles mesmos, prover o cuidado e a assistência de que suas famílias e pessoas próximas necessitam, pela garantia, no momento certo, de tempo e estabilidade econômica.

**PALAVRAS-CHAVE**

Dívida pública; Previdência social; Mercado de trabalho; Economia familiar; Cuidado e assistência.

***ABSTRACT***

*The international financial crisis has revived the debate about the role of government in the economy and on the tension between public debt and rising demand for social services of health, welfare and assistance. Being care and assistance essential for sustaining human life in society, the mere restriction of these state benefits – recurring technical recommendation for the solution of the problem – seems not to be an alternative. Given the incentives and social injunctions for individuals to seek paid work and not depart from the needs of the household environment, it should be a balance between social incentives to these different modes of human activity. The public welfare systems can function as an instrument for the delivery of material conditions so that individuals can, themselves, provide care and assistance that their families and people close need, ensuring, at the right moment, free time and economic stability.*

***KEYWORDS***

*Public debt; Welfare; Labor market; Household economy; Care and assistance.*

## INTRODUÇÃO

Nos últimos anos o mundo tem acompanhado o desenrolar de seguidas crises econômicas internacionais, que desta vez atingem os países centrais do sistema capitalista. A repetição dessas crises pode ser entendida como o resultado de uma permanente tensão entre o princípio básico de organização e reprodução do sistema capitalista,

que deve orientar a ação dos indivíduos, e a necessidade de justificações e estímulos para que esses últimos mantenham-se engajados voluntariamente nesse modo específico de organização da produção e de ordenação social. Voltado à acumulação ilimitada de capital, objetivo posto como um fim em si mesmo, desvinculado de qualquer objetivo moral ou de outra ordem, o capitalismo é um sistema que necessita buscar justificações e estímulos à mobilização dos indivíduos fora de si. Em geral, articula-se o objetivo da acumulação com a promoção ou favorecimento de outros objetivos sociais de ampla aceitação, histórica e culturalmente variáveis.

O chamado "Estado de bem-estar" pode ser interpretado como um complexo institucional que funciona como mediador dessa tensão sistêmica. Aparentemente, o que as últimas crises econômicas nos revelam é a progressiva exaustão desse modelo institucional como meio eficaz para impedir que um sistema de organização social autocentrado, portanto não racional, deprima demasiadamente as condições de vida das sociedades e esgote os recursos naturais e humanos de que necessita.[1]

Não por acaso as reformas institucionais propostas como saída para a crise pelos países europeus desenvolvidos é centrada na reforma (redução) dos mecanismos de proteção social, com destaque para os sistemas públicos de previdência. As lideranças políticas parecem acreditar que a solução para a crise – caracterizada por baixo crescimento econômico associado a elevado endividamento – está na liberação do princípio de acumulação capitalista das peias institucionais que lhes impõem algum limite. Parece não haver uma compreensão clara de que o enfraquecimento de mecanismos de proteção social, já desgastados ao longo do tempo, expõe o sistema como um todo a riscos muito maiores que aquele decorrente do mero desequilíbrio fiscal. Tais mecanismos, ainda que desgastados, são atualmente os mediadores da tensão sistêmica a que nos referimos e que emprestam algum sentido de racionalidade à ordem social capitalista. Se não há dúvida de que os mecanismos de proteção social característicos do "Estado de bem-estar" precisam ser reformados, é evidente que eles não podem ser simplesmente suprimidos ou reduzidos sem a proposição de um substituto adequado.

A partir da reflexão sobre a questão previdenciária em meio a crises econômicas internacionais, esperamos tornar mais clara a compreensão de um contexto problemático mais amplo que remete ao reconhecimento da necessidade de encontrar novas formas de justificar a acumulação capitalista reduzindo a tensão sistêmica que esta mantém com a necessidade humana de emprestar sentido e racionalidade à vida. Para tanto, sugere-se uma análise crítica sobre o modo como o sistema produtivo envolve os indivíduos e o Estado num impasse difícil de resolver, pois exige cada vez mais eficiência e produtividade ao passo que deprime as condições de manutenção e reprodução do organismo social: os indivíduos se veem obrigados a se dedicar cada vez mais ao trabalho e menos à família; já o Estado é pressionado a reduzir impostos e cortar gastos sociais. Nossa hipótese é que a resolução desse impasse, que aqui chamamos

de "armadilha do trabalho", passa pelo reconhecimento da incapacidade do "Estado de bem-estar" de substituir integralmente os indivíduos e as famílias no provimento de prestações de cuidado e assistência essenciais para a garantia de condições de vida minimamente dignas. Propõe-se a criação de mecanismos de proteção social que garantam tempo livre e segurança econômica no momento certo aos indivíduos, de modo não necessariamente vinculado ao exercício de atividade econômica remunerada. Esses mecanismos são importantes tanto para o enfrentamento de contingências indesejadas da vida, quanto, principalmente, uma forma de investimento na formação e reprodução do "insumo" econômico e social mais valioso: as pessoas.

## 1 Crise financeira e reforma dos sistemas de previdência

Como decorrência de seguidas crises econômicas internacionais nos últimos anos, em um curto espaço de tempo, os discursos político-econômicos de inspiração neoliberal praticamente deixaram de ser tomados a sério, e a percepção da necessidade de intervenção do Estado na economia, como única opção para salvar o sistema do colapso, mostrou-se tão evidente que sequer foi objeto de contestação.

Não há novidade nesse fato. As condições necessárias para o funcionamento adequado de uma economia de mercado não seriam possíveis sem a intervenção "artificial" do Estado, que passou a responder por um arcabouço de políticas assistenciais e previdenciárias em favor da sociedade em geral, garantindo aos indivíduos condições básicas de subsistência e reprodução, em troca da manutenção da ordem, sem o que se teria tornado insustentável a geração de um contingente estável de mão de obra disponível para a produção e a formação de um mercado consumidor dos bens produzidos. Também assumiu a responsabilidade por dotar parte dessa mão de obra de níveis mais elevados de instrução, além de investir diretamente na produção de conhecimento e desenvolvimento de tecnologia, providências essenciais requeridas pelo sistema econômico. É, ainda, responsável por manter uma infraestrutura pública de transportes, comunicações e energia, cuja criação e manutenção não se justificariam sem as necessidades específicas de um amplo e custoso sistema de produção e distribuição de bens e serviços. Além desses investimentos materiais, intervém o Estado normativamente no mercado ao disciplinar e coibir práticas anticoncorrenciais, ao empregar diversos mecanismos de política monetária no controle da inflação e do fluxo e oferta de capitais, ao adotar políticas para a regulação e estabilização de preços de insumos e produtos, etc.

Essas atividades colocam o Estado numa posição muito diferente da que se lhe pretendia atribuir no passado, quando se cultivava a imagem do mercado autorregulável e se pregava um mínimo de intervenção estatal. A economia de mercado depende cada vez mais da intervenção "artificial" – normativa e material – do Estado, para a manutenção das condições necessárias ao seu funcionamento.

Há, do ponto de vista político, uma relação de dependência entre o Estado, o mercado e a sociedade civil. Argumenta-se que, embora necessite de todas essas intervenções para seu funcionamento, o mercado fornece ao Estado, por meio de impostos, os recursos necessários para financiar não apenas as atividades que diretamente lhe aproveitam economicamente, mas também todas as políticas assistenciais, previdenciárias e de serviços públicos destinadas aos cidadãos em geral, de cujo voto dependem os governos democráticos para se legitimar. Embora, na prática, toda a sociedade arque com os custos necessários para a manutenção das atividades estatais e suporte as consequências indesejadas da atividade econômica, atribui-se primordialmente à economia de mercado e à ordem dela decorrente o efeito de dotar a sociedade da capacidade de geração de riquezas tributáveis em grande escala.

Nessa relação triangular, a manutenção do bom funcionamento do mercado em conjunto com a promoção do crescimento econômico é apresentada como o único meio adequado para viabilizar o interesse de todas as partes envolvidas. Se o discurso político tende a defender uma ordem econômica concentradora de riquezas e promotora de desigualdades, tal defesa se apoia, paradoxalmente, no objetivo político da distribuição – sob a forma de salários, serviços públicos e prestações assistenciais e previdenciárias – de parte dessa riqueza, que, se alega, de outra forma não se teria produzido na mesma escala. Mas nessa relação simbiótica o sistema produtivo não figura apenas como provedor de injunções positivas. Especialmente em períodos de crise do sistema econômico, o Estado é chamado a intervir para restabelecer as condições necessárias ao seu bom funcionamento: provendo estímulos diretamente, investindo/financiando/subsidiando a atividade produtiva ou, indiretamente, cortando impostos, o que possibilita o aumento das margens de lucro que podem ser investidos no sistema.

Contudo, a intervenção estatal encontra limites na necessidade de manter as contas públicas equilibradas. Se o sistema produtivo pressiona o Estado por incentivos, o sistema financeiro, detentor dos títulos da dívida pública, pressiona no sentido contrário, buscando garantias de solvência do Estado – conquanto seja praticamente impossível reconhecer clara independência entre os interesses do setor produtivo e do setor financeiro. Quando o desequilíbrio das contas públicas alcança um ponto crítico, e os credores da dívida pública começam a cogitar a possibilidade do calote, o aumento de impostos não se mostra uma alternativa viável, pois desestimularia a atividade econômica já carente de incentivos. Isso parece ter acontecido a partir de 2008 em países europeus considerados desenvolvidos, como Grécia, Irlanda, Portugal, Espanha e Itália, deixando países centrais do sistema capitalista mundial, como Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e Alemanha em alerta, ante a possibilidade de uma crise sistêmica, de proporções ainda maiores do que a crise financeira que desencadeou o processo, a partir da falência de instituições financeiras norte-americanas.

Parece não restar alternativa para conciliar os interesses em questão – do sistema financeiro e do sistema produtivo – senão o corte de gastos. Como os gatos públicos são também um elemento importante na formação de demanda do sistema econômico, é preciso direcionar os cortes para despesas com o custeio de atividades comumente consideradas improdutivas, dentre as quais se pode destacar saúde, educação e previdência. Quanto aos interesses dos trabalhadores e da população em geral, prejudicados com os cortes em gastos sociais, alega-se ser esse o único modo de restaurar a prosperidade econômica, considerada pela ética capitalista a chave para a felicidade de todos ou do maior número. Os cortes são justificados como um sacrifício em nome da restauração da prosperidade econômica. Trocam-se prestações sociais do Estado pela geração de empregos no setor produtivo.

Dentre as políticas fiscais adotadas para o enfretamento de crises desse tipo no sistema econômico, ressalta a relevância que de modo recorrente se dá à necessidade de reformas nos sistemas públicos de previdência. O sistema econômico pressiona o Estado, por exemplo, pelo aumento ou estabelecimento de idades mínimas mais elevadas para as aposentadorias custeadas pelos sistemas públicos de previdência e outras modalidades de restrições ao acesso a benefícios. Alega-se que essas despesas afetam demasiadamente o equilíbrio das contas públicas, tendo em vista o aumento da expectativa de vida das populações, que passam a auferir por um período mais longo os benefícios custeados pelo sistema. Mas qual a razão desse enfoque específico? Por que para um problema aparentemente tão complexo, que envolve o modo como a sociedade distribui os benefícios e os encargos da vida em comum, se aponta quase em uníssono como solução o aumento dos encargos que recaem sobre a parcela mais frágil e desprotegida da sociedade?

## 2 Tempo e dinheiro

A capacidade para o pensamento abstrato e hipotético é característica das mais notáveis do ser humano quando comparado a outras formas de vida animal. Por meio dessas ferramentas mentais ele planeja o futuro, organiza suas relações sociais, sonha, descreve a natureza de acordo com suas ideias e conceitos, enfim, dá sentido à sua existência e ao mundo ao seu redor. Possivelmente essa característica da condição humana imponha a permanente necessidade de preencher de sentido suas realizações pessoais e coletivas e até eventos naturais. Uma necessidade que pode ser por vezes angustiante, mas tem conduzido homens e mulheres a grandiosas realizações, boas e más.

O trabalho pode ser considerado uma das atividades humanas mais valorizadas. É possível perceber a importância que damos ao trabalho quando lembramos, por exemplo, que reservamos para ele especialmente as melhores horas do dia, quando há luz e estamos alertas, e com frequência avançamos pela noite. Os anos de nossa

vida em que temos maior vigor físico e mental são também destinados principalmente a essa atividade. Nossa educação é voltada prioritariamente à preparação para o mercado de trabalho – o que claramente tem superado outros objetivos como a formação do caráter pelo ensino de valores humanos tão ou mais importantes quanto à capacitação profissional.

Esses fatos, dentre outros, reforçam a percepção de que para o senso ético das sociedades contemporâneas o trabalho figura como um valor fundamental, importante por si mesmo, e não meramente em função de eventuais frutos que ele possa proporcionar. Mas nem toda atividade laboral é valorizada da mesma forma. Há trabalhos mais ou menos valiosos segundo os critérios do senso ético das sociedades capitalistas que reservam esse julgamento para o mecanismo pretensamente imparcial do mercado, regido, segundo se acredita, pela lei da oferta e da procura. Nesse ponto, vislumbra-se uma importante característica do trabalho: a de ser um bem cujo valor depende em grande medida de estar submetido à lógica de mercado. Ele precisa ser intercambiável, negociável. Diferentes tipos de trabalho – do padeiro ao cientista nuclear –, que são por natureza incomensuráveis, precisam ser medidos e valorados segundo padrões que tornem possível uma comparação, fundamental para a negociação mercantil. O tempo e o valor monetário, características abstratas que a mente humana agrega ao trabalho, são padrões que possibilitam essa comparação. Por meio dessas abstrações dá-se sentido e valor ao evento fático da atividade laboral.

O modo como uma sociedade se organiza não é mera função de disposições naturais dos seres humanos. Ao substrato concreto de sua conduta o ser humano acrescenta significados e valores. Para que uma sociedade adote determinado modo de organização da produção e certo modo de distribuição dos ônus e benefícios decorrentes da vida em comum, é necessário que atividades humanas e modos de vida sejam valorados e posteriormente estimulados ou reprimidos, conforme os objetivos desejados. Supondo que não seja possível manter a ordem social apenas pelo uso da coerção, deve haver outros meios capazes de promover o engajamento dos indivíduos às atividades humanas positivamente valoradas e consideradas necessárias para a manutenção do modo de vida que se deseje. Para o objetivo da justificação, as sociedades engendram instituições, como a moral, a religião, a política, o direito, etc., que podem ser compreendidas como representações da realidade a que se agregam significados e valores, com o objetivo de orientar a conduta humana.

O sistema produtivo, em especial, também assume formas de organização que envolvem representações como o mercado de trabalho e a propriedade privada. Por meio dessas representações constitutivas do sistema produtivo, a maior parte dos indivíduos que não detém meios de produção aceita subordinar-se à orientação empresarial, alienando sua força de trabalho e o produto dela em troca de um salário que, salvo por injunções regulatórias estatais, deve ser definido pelo mecanismo do mercado. O produto do trabalho e os meios de produção (terra, matérias-primas

e recursos tecnológicos) são concentrados sob a propriedade privada de uma minoria e estão sujeitos ao mesmo mecanismo da negociação mercantil.

Contudo, o modo como compreendemos o sistema produtivo é apenas o resultado da ação intelectual humana sobre a realidade com o objetivo de justificar um modo de organização da produção e distribuição da riqueza que, de outro modo, pareceria absurdo e injustificável. Para Polanyi (2000, p. 97), "a organização do trabalho é apenas um outro termo para as formas de vida do povo comum".

> A descrição do trabalho, da terra e do dinheiro como mercadorias é inteiramente fictícia. Não obstante, é com a ajuda dessa ficção que são organizados os mercados reais do trabalho, da terra e do dinheiro. Esses elementos são, na verdade, comprados e vendidos no mercado; sua oferta e procura são magnitudes reais, e quaisquer medidas ou políticas que possam inibir a formação de tais mercados poriam em risco, *ipso facto*, a autorregulação do sistema. A ficção da mercadoria, portanto, oferece um princípio de organização vital em relação à sociedade como um todo, afetando praticamente todas as suas instituições, nas formas mais variadas. Isto significa o princípio de acordo com o qual não se pode permitir qualquer entendimento ou comportamento que venha a impedir o funcionamento real do mecanismo de mercado nas linhas de ficção da mercadoria. Ora, em relação ao trabalho, à terra e ao dinheiro não se pode manter um tal postulado. Permitir que o mecanismo de mercado seja o único dirigente do destino dos seres humanos e do seu ambiente natural, e até mesmo o árbitro da quantidade e do uso do poder de compra, resultaria no desmoronamento da sociedade. Esta suposta mercadoria, a "força de trabalho", não pode ser impelida, usada indiscriminadamente, ou até mesmo não utilizada, sem afetar também o indivíduo humano que acontece de ser o portador dessa mercadoria peculiar. Ao dispor da força de trabalho de um homem, o sistema disporia também, incidentalmente, da entidade física, psicológica e moral do homem ligado a essa etiqueta. Despojados da cobertura protetora das instituições culturais, os seres humanos sucumbiriam sob os efeitos do abandono social; morreriam vítimas de um agudo transtorno social, através do vício, da perversão, do crime e da fome. A natureza seria reduzida a seus elementos mínimos, conspurcadas as paisagens e os arredores, poluídos os rios, a segurança militar ameaçada e destruído o poder de produzir alimentos e matérias-primas. Finalmente, a administração do poder de compra por parte do mercado liquidaria empresas periodicamente, pois as faltas e os excessos de dinheiro seriam tão desastrosos para os negócios como as enchentes e as secas nas sociedades primitivas. Os mercados de trabalho, terra e

> dinheiro são, sem dúvida, essenciais para uma economia de mercado. Entretanto, nenhuma sociedade suportaria os efeitos de um tal sistema de grosseiras ficções, mesmo por um período de tempo muito curto, a menos que a sua substância natural, assim como a organização de negócios, fosse protegida contra os assaltos desse moinho satânico (Polanyi, 2000, p. 94-95)

Representar a atividade humana como mercadoria, mensurável pelas grandezas de tempo e valor pecuniário, é o mesmo que submeter o próprio ser humano à lógica do mercado. A parcela dos agentes econômicos que têm o poder de determinar e gerir, sob a ficção da propriedade, os meios de produção, tem uma grande capacidade de influir na determinação, segundo seus interesses, dos preços das mercadorias que circulam no mercado: os produtos e serviços resultantes da atividade econômica e os salários pagos aos trabalhadores, que também assumirão o papel de consumidores. Deixar que o mecanismo do mercado regule a ação desses agentes econômicos independentes importa num elevado potencial de desequilíbrios que poderiam fazer ruir o sistema produtivo, em especial, pelo baixo poder de barganha e influência que os trabalhadores/consumidores, isoladamente, exercem sobre o sistema. É preciso a interferência de um agente externo que previna e evite esses desequilíbrios: o Estado.

Os sistemas públicos de seguridade social, que incluem a previdência social, talvez sejam o mais importante instrumento pelo qual a sociedade, por meio do Estado, interfere na economia para evitar que o mercado, pelo seu princípio de organização, a acumulação sob regime de concorrência, fomente a sua própria ruína. Por meio deles o Estado garante aos trabalhadores condições mínimas de segurança econômica para sua subsistência e reprodução, sem as quais dificilmente teriam o estímulo e as condições materiais para exercer o duplo papel que a economia de mercado lhes reserva: o de provedores de força de trabalho e o de consumidores dos bens e serviços produzidos.

## 3 Trabalho remunerado x trabalho não remunerado

*"Ela não trabalha. É só dona de casa."* Nessa sentença observa-se o uso do verbo trabalhar num sentido específico, incorporado ao emprego normal da palavra pelo senso comum. Ali não se quer dizer que a pessoa de quem se fala não exerça qualquer atividade laboral. Uma dona de casa realiza praticamente as mesmas atividades de uma empregada doméstica, a respeito de quem, contudo, não se costuma dizer: *"Ela não trabalha. É apenas empregada doméstica."*

A diferença fundamental que orienta o uso da língua em cada um desses casos está em que a atividade da dona de casa não é remunerada, enquanto a da empregada doméstica é. A atividade laboral da dona de casa está vinculada ao ambiente de privacidade familiar e é compreendida como uma obrigação natural, assumida tradicionalmente

pelo seguimento feminino, de cuidado e assistência para com a família. Esse tipo de atividade não se insere na lógica do mercado: o cuidado da mãe com os filhos ou da esposa com o marido não é compreendido como algo substituível ou intercambiável por um bem equivalente. Essas relações familiares compreendem uma série de obrigações das quais não é moralmente aceitável desvincular-se completamente. Já a atividade da empregada doméstica, embora muito semelhante à da dona de casa, se insere na lógica do mercado. É compreendida como uma relação contratual, livremente assumida e facilmente rescindível. Admite-se que ela seja quantificada em termos de valor econômico equivalente, negociável e intercambiável no mercado.

O dinheiro é uma das abstrações que torna possível a existência de um mercado de trabalho. Somente após a conversão de diferentes tipos de atividades laborais avaliados qualitativamente de maneira diferente pela sociedade a um denominador comum pecuniário, é que se torna possível a comparação que viabiliza a negociação mercantil. O dinheiro expressa uma grandeza numérica que mede o valor qualitativo da atividade. Já o dimensionamento quantitativo da atividade laboral é comumente realizado pela medida do tempo de dedicação a ela. O tempo constitui a grandeza numérica que expressa o valor quantitativo do trabalho. Por meio da conjugação dessas duas grandezas é que o trabalho se torna um bem passível de submeter-se à lógica da negociação mercantil economicamente avaliável e intercambiável por outros bens. O tempo e o dinheiro são, contudo, meras abstrações. São agregados significativos atribuídos à atividade concreta do trabalho pela ação da mente humana.

A motivação importante para a atribuição desses agregados significativos abstratos ao trabalho concreto é o fato de que ele, como atividade humana situada no tempo, não pode ser estocado ou poupado. Somente a atribuição de valor pecuniário ao trabalho, e sua conversão em dinheiro, é capaz de gerar riqueza acumulável ou poupança. A análise dessas características é importante para a compreensão dos problemas que envolvem institutos como a previdência social, comumente compreendidos sob uma lógica de capitalização e de seguro. Tal concepção parte da ideia da formação, pelos trabalhadores, de uma espécie de poupança associada a um seguro individual para eventos imprevisíveis, por meio de contribuições em dinheiro ao longo de todo um período de vida laboral ativa. Tais institutos são compreendidos sob uma lógica contratual sinalagmática, pela qual às prestações dos trabalhadores devem corresponder, proporcionalmente, contraprestações do Estado. Os benefícios e prêmios futuramente auferidos nada mais seriam do que a contrapartida do esforço individual dos trabalhadores segurados sob a forma de contribuições feitas ao longo da vida laboral.

Se afastarmos essas abstrações jurídico-econômicas que envolvem a ideia de poupança e de seguro previdenciários associada aos sistemas de previdência social, percebemos que, concretamente, é o trabalho das gerações economicamente ativas em determinado período que provê os recursos necessários à manutenção e subsistência

dos inativos daquela mesma época. O dinheiro que comporia a poupança previdenciária é apenas uma ficção que expressa a avaliação do trabalho realizado no passado, segundo valores de mercado fixados sob condições materiais de oferta e procura observados também no passado. É difícil garantir que o valor real dos benefícios previdenciários pagos numa determinada época aos aposentados, em termos de quantidade/qualidade de trabalho equivalente, correspondam ao que foi efetivamente "poupado" pelo trabalhador quando economicamente ativo.

Embora os sistemas jurídicos possam prever garantias de manutenção do valor nominal dos benefícios ou atualizações monetárias periódicas desses valores, são as condições futuras do mercado de trabalho e do mercado geral de bens e serviços, definidas por uma miríade de agentes econômicos independentes, que vão definir a quantidade/qualidade de trabalho equivalente que esses benefícios, expressos em valores monetários, poderão comprar. Apenas a intervenção de um agente regulador externo pode corrigir distorções que a ação livre do mercado poderia provocar na sustentabilidade do sistema previdenciário, impedindo a perda de valor de compra dos benefícios. Essa intervenção é prioritariamente orientada por motivações políticas, mas também por razões econômicas decorrentes do princípio da escassez. O valor real dos benefícios previdenciários pagos em determinada época dependerá da quantidade de trabalho extra a ser transformado em contribuições ao sistema previdenciário que o conjunto da sociedade, segundo uma avaliação política, concordar em prover, e, segundo uma avaliação econômica, tiver condições materiais de prover.

## 4 Tempo, dinheiro e previdência

A concepção dos sistemas previdenciários como uma poupança formada ao longo dos anos de contribuição do trabalhador, que no futuro proverá os recursos necessários ao pagamento de benefícios e aposentadorias, é mais próxima da realidade dos sistemas privados de previdência. A suposta poupança previdenciária, contudo, não corresponde à realidade da maioria dos sistemas públicos de previdência, como o brasileiro. As contribuições pagas hoje são carreadas ao custeio dos atuais benefícios pagos pelo sistema em vez de serem guardadas para uso futuro. O tema recorrentemente debatido do "*defici*t da previdência" só faz sentido por meio de uma operação contábil que consiste em comparar o que sistema arrecada e o que ele provê em benefícios no presente. Não se coloca o problema em termos de sustentabilidade futura do sistema, senão no que concerne à avaliação perspectiva do crescimento do *deficit* pelo envelhecimento da população em comparação com os índices de crescimento da economia e da população como um todo.

No Brasil, o valor do *deficit* que se tem verificado há muitos anos é bastante discutido e questionado, em especial por serem contabilizados os gastos concernentes ao sistema de assistência social, que não se confunde com a previdência. Os recursos

que faltam são custeados por outras fontes de arrecadação tributária. A concepção do sistema público de previdência brasileiro, inserido no contexto de um sistema mais amplo de seguridade social – que congrega subsistemas de saúde, previdência e assistência –, tal como previsto no texto constitucional, se afasta da lógica simplista de capitalização e de seguro individuais e consagra uma lógica de solidariedade social. Tal característica se mostra clara quando a constituição estabelece uma multiplicidade de fontes de custeio do sistema de seguridade social, que compete a toda a sociedade (art. 195), e quando define as ações concernentes ao sistema de seguridade social como de responsabilidade não só do Estado mas de toda a sociedade (art. 194).[2]

Com a emenda Constitucional n. 20/98 foram introduzidas algumas modificações no regime jurídico do sistema de previdência social brasileiro, que aparentemente impuseram contradições à lógica da sua concepção original, integrado ao sistema de seguridade social[3] (art. 201). Contudo, deixando de lado o debate jurídico-político sobre o perfil da previdência social brasileira, cabe enfatizar que em sistemas públicos de previdência desse tipo não faz nenhum sentido o apelo à ideia de capitalização e de seguro individual (análoga ao modelo privado), senão como uma ficção para o efeito de uma justificação moral ou econômica do próprio sistema. A lógica dos sistemas públicos e privados de previdência está centrada não na ideia pura e simples de uma poupança de recursos financeiros. Para o mecanismo de funcionamento dos sistemas previdenciários, tão importante quanto à variável financeira, consistente no pagamento das contribuições, é a variável tempo, que consiste na fixação de períodos mínimos de contribuição e/ou idades mínimas para usufruto dos benefícios.

Nos sistemas públicos de previdência nos quais os aportes financeiros não são carreados para contas individuais dos respectivos contribuintes, o valor do tempo se mostra especialmente evidente. Não basta garantir dos contribuintes o aporte de um certo volume de recursos financeiros. Igualmente importante é garantir que cada um deles permaneça durante um considerável período de tempo economicamente ativo e produtivo, condição sem a qual não é possível auferir os benefícios do sistema.

No entanto, sabemos que tempo e dinheiro não passam de abstrações por meio das quais se torna possível a acumulação e a circulação do valor atribuído às atividades humanas reais que, consideradas em si mesmas, não se prestam à acumulação ou à circulação. O que os sistemas públicos de previdência pretendem com esse conjunto de requisitos (contribuições e prazos) é estimular as pessoas a empregarem seu tempo e vigor físico em uma atividade altamente valorizada: o trabalho remunerado. Isso tem um significado ético importante, a saber, que a sociedade apenas dará o suporte de compensação diferenciado da cobertura previdenciária, que não é acessível a todos, aos indivíduos que tenham dedicado boa parte de sua vida, em geral os anos de maior capacidade física e mental, às atividades produtivas suscetíveis de negociação mercantil.

É sobre esse substrato real que a sociedade deposita o verdadeiro valor das riquezas que se expressam pela abstração do dinheiro, que só tem significado enquanto puder ser trocado por elas. Não fosse assim, bastaria que os indivíduos alcançassem um determinado nível de poupança, em dinheiro, para poder auferir dos benefícios dos sistemas públicos de previdência, que, entretanto, exigem a satisfação de requisitos associados à variável temporal: tempo de contribuição e idade mínima. Mas qual é a razão dessa valorização do tempo pelos sistemas previdenciários? O tempo nos remete à percepção de que a energia vital de que as pessoas se utilizam para desenvolver suas atividades é um recurso finito. Sabemos de antemão mais ou menos de quanto tempo podemos dispor durante um dia antes de precisar dormir e, embora não saibamos quantos dias teremos de vida, sabemos que com a velhice nosso vigor físico e disposição para o trabalho tendem progressivamente a diminuir até o seu esgotamento completo. Essa energia vital, seja ou não utilizada em determinado momento para a realização de atividades consideradas valiosas por nós ou pelos outros, também não pode ser acumulada, poupada ou transferida.[4] Só faz sentido a acumulação de riqueza monetária na suposição de que, quando necessário, haverá oferta constante e segura de indivíduos dispostos, estimulados e capacitados, a empregar seu tempo e energia em atividades consideradas valiosas ou necessárias por aqueles que acumulam.

Parece pouco adequado o apelo a uma justificação moral dos sistemas públicos de previdência em sintonia com o contexto ético das sociedades capitalistas, que estimulam a conduta racionalmente orientada para objetivos individuais. Desse contexto ético se deduz a ideia de que cada um deve prover por seu próprio esforço os meios necessários à compensação da perda da capacidade de trabalho, na velhice. A análise dos sistemas previdenciários revela que sua justificação ética é mais consistente com a associação a um princípio de solidariedade social, traduzido pela ideia de um compromisso moral hipotético entre gerações: assim como a parcela da população economicamente ativa no presente concordou em empregar grande parte sua energia vital em atividades humanas (trabalho) necessárias a prover uma existência digna à sociedade como um todo, incluindo idosos e jovens, as próximas gerações têm a responsabilidade de assumir o mesmo encargo no futuro.

Em vez de interpretar as contribuições dos atuais trabalhadores como uma espécie de investimento, em vista de uma futura cobertura de segurança econômica na velhice ou em decorrência de eventos imprevisíveis, é também razoável, em termos éticos, compreendê-las como nada mais do que a retribuição ao investimento social, feito no passado pelos agora inativos, para prover à população ativa condições materiais (estímulo, capacitação, cuidados com saúde e assistência em geral) necessárias ao perfeito funcionamento do sistema produtivo, considerado a origem principal da riqueza social – o que demanda elevados investimentos de tempo, trabalho e dinheiro.

O nível de qualidade de vida que as futuras gerações terão condições de prover à sociedade não depende exclusivamente de condicionantes a serem conhecidos no futuro. Depende também, com bastante intensidade, daquilo que fazemos hoje para prepará-las para assumir essa responsabilidade e dos encargos (endividamento, passivos ambiental e social, etc.) assumidos no presente, por toda a sociedade, a serem suportados no futuro. Se o que faz a riqueza de uma sociedade são as atividades humanas concretas que seus membros são capazes realizar e efetivamente realizam em certo momento histórico, na velhice, teremos uma sociedade tão mais rica quanto seja maior o investimento na capacitação e estimulação dos jovens de hoje para utilizar sua energia vital em atividades valiosas.

## 5 Ênfase no dinheiro x ênfase nas pessoas

Essas reflexões nos encaminham para o reconhecimento da necessidade de uma reavaliação das atividades humanas em termos de seu valor e importância para as sociedades no presente e no futuro. No passado, esse questionamento foi respondido pelo filósofo Adam Smith no sentido de que "o trabalho é o fundo primitivo do qual qualquer nação obtém todas as necessidades e comodidades da vida que ela consome anualmente" (2009, p. 5). A valorização do trabalho, como origem da riqueza social, com o tempo, mais do que um conselho prático de ciência econômica, foi incorporado como um imperativo moral fundamental das sociedades capitalistas.

Na opinião de Reine Eisler (2008) é necessário um novo olhar sobre o que realmente importa para a geração e promoção de atividades humanas que agreguem valor ao modo de vida das sociedades. Em outros termos, é preciso rediscutir a origem da "verdadeira riqueza das nações". Para isso, deve-se considerar como parte integrante do sistema econômico setores até agora marginalizados, tidos por improdutivos, como a "economia familiar", a "economia comunitária não remunerada" (que engloba as ações sociais, de caridade e assistência, promovidas pela sociedade civil) e a "economia natural" (relativa ao cuidado com o meio-ambiente). A economia familiar, em especial, representaria nada menos que a base de sustentação de todo o sistema econômico:

> Esse novo mapa econômico começa incluindo a família como o setor interno básico. Esse setor é a verdadeira essência da produtividade econômica, pois ele sustenta e torna possível a atividade econômica em todos os outros setores. O lar não é, como sugerem quase todos os textos de economia, apenas uma unidade de consumo. Ele é, e sempre foi, uma unidade de produção. O seu produto mais importante é, e sempre foi, o ser humano – e este produto é de suma importância na economia pós-industrial na qual o "capital humano de alta qualidade" tornou-se um mantra comercial.

> Entretanto, nenhuma atenção é atribuída nas análises econômicas convencionais ao que é necessário para produzir esse capital humano de alta qualidade, a saber, atenção e assistência. (Eisler, 2008, p. 26)

Para Eisler existem enormes distorções no modo como são apurados os indicadores econômicos, como PIB e PNB, pelos quais é avaliada a riqueza de um país. Esses índices, em geral, não incluem as atividades de cuidado com as pessoas e com a natureza, pois as consideram como um passivo ou ônus social que reduz a eficiência do sistema econômico. Na verdade, deveriam considerá-las pelo que realmente representam: um investimento necessário e imprescindível para a manutenção da eficiência do sistema no presente e, principalmente, no futuro. Em contrapartida, avaliam positivamente, como geradoras de riqueza econômica, atividades que claramente representam um ônus social cuja eliminação, quando possível, seria altamente desejável. A autora menciona que, historicamente, no cálculo do PNB norte-americano foram contabilizadas positivamente despesas como: gastos bilionários necessários à limpeza do derramamento de óleo do petroleiro Exxon-Valdez em 1989; despesas com as campanhas militares no Iraque, incluindo despesas médicas com soldados mutilados e com funerais de militares mortos em combate, além das despesas para a reconstrução do país destruído pela guerra; lucros crescentes da "indústria penitenciária americana", etc.

A "verdadeira riqueza de uma nação", defende Eisler, não reside em sua capacidade de gerar riqueza material, mas sim na "qualidade de seu capital humano e natural" (2008, p. 71). Não se nega a importância da economia de mercado, como a conhecemos hoje, para a manutenção do modo de vida que consideramos valioso. Contudo, especialmente na época em que vivemos, quando o conhecimento e o uso intensivo de tecnologia avançada ganharam importância fundamental para a produtividade, a eficiência e a competitividade das empresas, o investimento na formação de recursos humanos altamente qualificados é um pressuposto básico para o alcance desses objetivos estratégicos. O uso de máquinas sofisticadas e de outros recursos tecnológicos tem aumentado a eficiência das empresas em todos os setores da economia eliminando progressivamente uma enorme quantidade de ocupações, em especial na indústria e na agricultura, tradicionalmente ocupadas por empregados de baixa e média qualificação. O setor de serviços tem sido o caminho natural para a criação de novas ocupações em atividades para as quais se exigem aptidões que as máquinas e a tecnologia ainda não são capazes de substituir o homem, a saber, "criatividade, "flexibilidade e solidariedade".

O sistema econômico vigente, pela forma como atribui valor às atividades humanas, gera uma escassez artificial pela distribuição desproporcional e socialmente insensível da riqueza produzida. O uso intensivo de máquinas e de recursos tecnológicos produz uma abundante riqueza desigualmente apropriada por poucos, ao passo

que crescentes parcelas da população seguem engajadas em atividades que, embora essenciais para toda a sociedade, não têm seu valor adequadamente reconhecido e recompensado. A introdução de tecnologias pós-industriais no sistema produtivo não precisa ser vista unicamente sob a óptica da problemática do desemprego, pela exclusão de uma massa de trabalhadores de baixa qualificação do mercado de trabalho. Se o que elas possibilitam é maior produtividade com menor esforço humano, deveriam ser recebidas como uma boa notícia. Na verdade, esse processo libera para o sistema econômico (entendido num sentido mais amplo) um excedente de "capital humano", antes indisponível, que agora pode ser empregado em outras atividades. E há um enorme campo de necessidades sociais, em que as aptidões especificamente humanas não podem ser supridas por máquinas, para a aplicação desses recursos, a saber, em saúde, cuidados com os idosos e deficientes, educação – em especial a educação infantil, historicamente tratada com pouco profissionalismo –, etc.

Para Eisler, a revolução tecnológica pós-industrial abre oportunidade para uma "redefinição do que é trabalho produtivo de maneiras que utilizem as nossas aptidões humanas especiais". Para isso, é preciso "modificar as regras do jogo para que o trabalho essencial de cuidar de nós mesmos, dos nossos filhos e de uma população cada vez maior de idosos tenha um grande valor" (2008, p. 176). Não é possível deixar que o valor dessas atividades humanas de elevada importância social, indispensáveis para a manutenção e aperfeiçoamento do modo de vida que hoje consideramos valioso, seja arbitrado pelo mecanismo pretensamente imparcial do mercado, ao sabor do regime de oferta e procura. Continuar exigindo que pais e mães, para manter seu sustento, tenham que buscar o mercado de trabalho em condições cada vez mais precárias de empregabilidade, e sejam obrigados a não dar a atenção necessária à educação dos seus filhos – não somente a educação para o mercado de trabalho, que o Estado se adianta em suprir, mas especialmente a educação moral e emocional –, significa desperdiçar a possibilidade de um futuro mais próspero, humano e, certamente, economicamente mais rico.

## 6 Democracia e balanço intergeracional

O enfrentamento de crises econômicas como as dos últimos anos, desde 2008, exige sacrifícios de governos e sociedades. O efeito imediato dessas crises, decorrente da progressiva perda de confiança do mercado na solvência das dívidas públicas que financiam as atividades estatais, é o aumento das taxas de juros na emissão de novos títulos para rolagem dessas dívidas. Cabe aqui destacar uma característica da denominada dívida pública que pode parecer um tanto curiosa. O Estado faz uso do endividamento público, por meio da emissão de títulos remunerados a taxas de juros variáveis, como um importante instrumento de regulação e de política macroeconômica, por meio do qual, dentre outros objetivos, interfere no volume de moeda em

circulação, com impacto importante sobre a inflação e sobre as taxas de juros praticadas no mercado; em outras palavras, o Estado regula o poder de compra da moeda e o custo do crédito privado, condicionantes fundamentais para a atividade produtiva. O curioso no mecanismo de endividamento público (interno) é que o Estado se torna devedor de um bem que ele mesmo, e apenas ele, produz: a moeda.

Parece claro que o poder estatal de interferir na economia não corresponde a esse aparente e esdrúxulo monopólio que acabamos de retratar. É preciso fazer a ligação entre esses conceitos e institutos abstratos com elementos concretos da organização social do sistema produtivo. Modernamente, as taxas de juros das dívidas públicas têm funcionado como um importante indicador político nas democracias ocidentais. Nas palavras de Ferguson, (2007, p. 237-238), funcionam como uma "pesquisa de opinião diária":

> … as flutuações dos de preço dos títulos públicos existentes – gerados pela política fiscal do passado – têm [...] influência importante na política fiscal presente e futura. Simplificando, se um governo quer tomar mais dinheiro emprestado emitindo mais títulos, a queda de preço dos títulos existentes é um grave desincentivo, pois implica forçosamente alta dos rendimentos de quaisquer novas emissões [...] A rigor, uma queda de preço dos títulos públicos pode ser interpretada como um "voto" de desconfiança do mercado na política fiscal, ou em qualquer política que o mercado interprete como aumentando a probabilidade calote, inflação ou depreciação. O preço e o rendimento dos títulos têm, pois, uma importância política que raramente é levada em conta pelos historiadores. É óbvio que resultam de uma infinidade de conjeturas dos investidores individuais e institucionais acerca da situação econômica como um todo. Mas, em certos sentidos, valem também como uma pesquisa de opinião diária, uma expressão de confiança no regime que está emitindo os títulos. Decerto, uma pesquisa de opinião baseada em uma amostragem pouquíssimo representativa segundo padrões democráticos (Ferguson, 2007, p. 237-238).

Na outra ponta, os governos são pressionados pelos eleitores. Mas o escrutínio de interesses políticos heterogêneos, e frequentemente contraditórios dos detentores do poder de voto, é complexo e tomado apenas pontualmente, de tempos em tempos, em eleições. À opinião pública cabe influenciar mais amiúde a representação política e oferecer resistência aos cortes de gastos sociais, inclusive nos benefícios previdenciários, demandados como solução para o reequilíbrio das finanças públicas.

Deixando de lado o mérito das demandas e o equilíbrio de forças entre os demandantes, frente à representação política democrática em determinado momento, qualquer que seja a tendência das políticas públicas adotadas – no sentido de afrouxar

a política fiscal, tolerando o aumento da dívida pública, ou no sentido de uma política fiscal mais rígida, implicando o corte de gastos públicos –, uma parcela importante dentre os principais afetados por essas políticas não tem, nesse momento, qualquer influência sobre o processo decisório: os jovens (crianças e adolescentes) e os que ainda estão por nascer. É sobre eles que, no futuro, recairá a responsabilidade de, com seu trabalho, gerar a riqueza necessária para o pagamento dos encargos da dívida contraída hoje e para o pagamento de benefícios previdenciários e de outros tipos aos que hoje detêm o poder do voto.

A teoria econômica tem se preocupado em dar à análise das políticas públicas um conteúdo crítico em relação aos potenciais conflitos de interesses entre gerações presentes e futuras, por meio de conceitos como o de balanço intergeracional.[5] Para Ferguson, embora muitos países possam aparentemente ostentar relativo equilíbrio em sua política fiscal, quando analisada sob o ponto de vista do balanço intergeracional tal política pode mostrar-se nada menos que insustentável:

> … um novo tipo de conflito distribucional vem substituindo o modelo tradicional baseado em classes, predominante no século XX. Em um certo sentido, o Estado previdenciário foi criado para pôr fim aos antigos conflitos entre rentistas, empresários e trabalhadores, e embora parte conseguiu isto. Mas o sucesso teve um preço – a criação de um sistema de benefícios universais que se tornou financeiramente insustentável. Com os balanços intergeracionais fora de prumo – como na maior parte da Europa, Japão e Estados Unidos –, é inevitável que substanciais cortes de despesas ou aumentos de impostos venham a ocorrer no futuro. Em um dos cenários, a próxima geração acabará por ser onerada com uma maior carga de impostos, arcando com as pensões e demais transferências que beneficiam a geração atual, inclusive os juros dos títulos (que constituem uma grande parcela das pensões privadas). Ou, então, acabará havendo redução nos benefícios para a terceira idade – por exemplo, mediante cortes nas pensões públicas, calote nos títulos do governo, ou uma forte e imprevista alta da inflação –, caso em que a conta é reapresentada à geração que contraiu as despesas anos antes Fergunson (2007, p. 255).

Em termos econômicos, não há nada que as gerações presentes possam fazer para escapar dessa dependência em relação às decisões políticas e econômicas das próximas gerações. O único modo de garantir que as futuras gerações não precisem cogitar da opção do calote aos compromissos assumidos hoje é cuidar para que tenhamos uma sociedade mais rica e próspera no futuro. Isso só parece possível por meio da decisão política de investir pesadamente no cuidado e na formação intelectual, emocional e moral das crianças. Para tanto, é necessário garantir aos seus pais ou responsáveis, no

momento certo, tempo e um mínimo de segurança econômica. É preciso livrar as pessoas, pelo menos momentaneamente, da "armadilha do trabalho". Do ponto de vista moral, resta contar com o apelo ao argumento do compromisso ético entre gerações, se aos futuros adultos for possível reconhecer que boa parte dos recursos da dívida assumida no passado e que então lhes será apresentada foi empregada em seu benefício e em seu interesse.

## 7 A ARMADILHA DO TRABALHO

O modo de organização do sistema produtivo e do mercado de trabalho impõe a necessidade de relegar as atividades essenciais de cuidado e assistência a segundo plano. Os indivíduos desde muito cedo são confrontados com a necessidade de se engajar no sistema produtivo. O sistema educacional é voltado prioritariamente à produção de conhecimento útil à atividade econômica. A sociedade os pressiona para que assumam o quanto antes empregos dos quais possam auferir a renda necessária ao seu sustento e de seus dependentes. Desde que assumem a condição de provedores de meios de subsistência paras suas famílias, as pessoas se veem enredadas pela necessidade de manter uma fonte de renda estável durante um longo período de tempo e, quando possível, acumular uma poupança que lhes garanta alguma segurança econômica para eventos imprevistos.

Sob regimes políticos democráticos, é natural esperar que o Estado se encarregue das intervenções necessárias para que essas atividades humanas essenciais para a manutenção e sustentabilidade da sociedade alcancem um novo *status* e as pessoas por elas responsáveis sejam adequadamente recompensadas e reconhecidas. Para uma crítica da ação estatal nesse sentido, analisaremos alguns aspectos do sistema público de previdência brasileiro, tomado exemplificativamente. Esse sistema estimula uma corrida pelo atendimento das condições necessárias ao recebimento dos benefícios previdenciários o quanto antes pelo acúmulo de tempo de contribuição, para o que é necessário manter um emprego formal ou uma atividade que gere renda suficiente para contribuições como autônomo.

Para a aposentadoria por tempo de contribuição, por exemplo, são necessários 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos para as mulheres. Supondo o início da vida laboral aos 23 anos (tempo razoavelmente suficiente para a conclusão do ensino médio e superior) é possível aos brasileiros e às brasileiras alcançarem condições de se aposentar, respectivamente, aos 58 e aos 53 anos de idade. No sistema de previdência dos servidores públicos, há a associação de idades mínimas (60 anos e 55 anos) a períodos de contribuição (35 anos e 30 anos) como requisitos para aposentadoria. Para as condições atuais e perspectivas futuras do mercado de trabalho, onde se observa uma tendência ao aumento de ocupações que exigem mais habilidades intelectuais do que vigor físico, pode-se considerar que pessoas nessa faixa etária (entre 53 e 60

anos) estão ainda relativamente jovens para se aposentar, tendo condições ainda de permanecer por um bom tempo, pelo menos uns 10 ou 15 anos, em atividade.

Não se questiona, do ponto de vista ético, o fato de a sociedade conceder a possibilidade de se aposentar a pessoas que ainda tenham capacidade de trabalhar. Qualquer um que tenha trabalhado ininterruptamente por longos períodos, como 35 ou 30 anos, e contribuído adequadamente para o sistema previdenciário, há de ter direito a se aposentar e se dedicar a outras atividades, dessa vez livremente escolhidas e não sob a necessidade de manter uma renda para o sustento. O que parece ser um grave equívoco é que a sociedade permita a aposentadoria de pessoas relativamente jovens, liberando-as da necessidade do trabalho pela garantia de uma fonte de renda segura e permanente, ao mesmo tempo em que nega essa condição de poder dispor de tempo livre, com estabilidade e segurança, em outros períodos da sua vida nos quais teriam sido muito mais necessários.

### 7.1 A questão do gênero

Um bom exemplo da questão de gênero é a razão pela qual se justifica a concessão de aposentadoria às mulheres após um período de contribuição cinco anos menor que o dos homens. Concebe-se esse tratamento diferenciado como uma compensação pelas condições desfavoráveis e discriminatórias do mercado de trabalho para as mulheres, e pela necessidade que têm de conciliar uma dupla jornada como donas de casa e trabalhadoras assalariadas. Todavia, não há relação direta entre as condições do trabalho feminino e os requisitos mais favoráveis para aposentadoria: a concessão de aposentadoria em menor tempo não corrige ou atenua os problemas enfrentados pelas mulheres no mercado de trabalho. Para Mesquita e Balbinotto (2010): "O problema dessa justificação é que a aposentadoria por idade foi concebida como uma garantia contra a perda da capacidade de trabalho devido à idade e não deveria ser usada como um instrumento para corrigir discriminação baseada no gênero, real ou suposta".[6]

A moderna filosofia moral e política ligada ao feminismo tem sido crítica dessas distorções, em especial, sobre o modo como as instituições sociais tentam promover a igualdade e combater a discriminação entre os sexos. Argumenta-se que, embora a maioria das sociedades contemporâneas tenha leis e institutos voltados à promoção da igualdade de gênero, essas garantias têm resultado prático limitado. Para a efetiva garantia de acesso igualitário entre os gêneros aos diversos espaços, atividades e posições sociais relevantes, inclusive o mercado de trabalho, ressalta a preocupação com a responsabilidade e o ônus do cuidado com os filhos em idade pré-escolar, função tradicionalmente desempenhada pela mulher. Essa atribuição importa num ônus social consideravelmente pesado, demandando dos indivíduos dela encarregados intensa dedicação ao longo de todo o dia, diuturnamente, por vários anos seguidos e, em geral, justamente no período em que estão na plenitude de sua capacidade laboral e

no qual teriam maiores chances de sucesso na competição pelo mercado de trabalho e posições sociais de destaque.[7]

A mulher brasileira, ante a justa expectativa de maior liberdade e acesso aos diversos domínios da vida social, para além do ambiente doméstico, está sujeita a uma angustiante escolha – quando tenha acesso a meios contraceptivos – entre a carreira e a família. Uma intervenção estatal efetiva para enfrentar o tratamento discriminatório às mulheres seria a antecipação do tempo livre e da garantia de renda estável, dada como medida compensatória quando da aposentadoria, para gozo em períodos de suas vidas em que precisam conciliar o trabalho com a reprodução e o cuidado com a primeira infância dos filhos, ou para o enfrentamento de contingências, como a prestação de assistência por motivo de doença ou outro tipo de evento imprevisível – como dependência química ou delinquência que envolvam os filhos ou parentes próximos. Diante de tais eventos, que têm o potencial de gerar instabilidade e até mesmo desestruturar o equilíbrio e a subsistência familiar, é razoável supor que a maioria das mulheres, quando tenha essa opção, sacrificaria a carreira para dar o suporte de que a família necessita. No fim das contas, essas mulheres acabam tendo que se submeter à dependência econômica dos maridos, ou que se sujeitar a trabalhos mal remunerados ou, quando pouco, adiar suas expectativas de aposentadoria. Em qualquer desses casos, a situação das mulheres não parece melhor que a dos homens, seja na competição pelo mercado de trabalho, seja no que concerne às condições de aposentadoria em termos de tempo de espera e valor dos benefícios.

Sabe-se, contudo, que nem todas as mulheres enfrentam as mesmas dificuldades para acesso ao mercado de trabalho ou têm a mesma conduta quando se trata de optar entre dedicar seu tempo à família ou à carreira. Por outro lado, atividades tradicionalmente femininas têm sido assumidas cada vez mais por homens, sendo, ainda, comuns os casos de grupos familiares monoparentais ou sob a responsabilidade de casais homossexuais, nos quais, embora não haja a presença de mulheres, há potencialmente as mesmas dificuldades em conciliar a geração de renda no mercado de trabalho com o cuidado com a família. Além de ineficiente em relação aos seus propósitos, essa compensação pela redução do tempo de contribuição acaba se mostrando injusta, por ser orientada arbitrariamente pelo critério de gênero, sendo insensível a essas situações específicas que mereceriam, conforme o caso, inclusão ou exclusão do campo de incidência do tratamento diferenciado. Na pior das hipóteses, que lamentavelmente não é incomum, para os responsáveis pela subsistência de unidades familiares, homens ou mulheres, não está disponível a opção de prescindir de parte da renda familiar, ainda que momentaneamente, para o enfrentamento adequado de situações da vida que exigiriam maior dedicação de tempo e energia à família e afastamento da atividade laboral remunerada.

Independente do critério de gênero, é cada vez mais claro que as sociedades carecem que os indivíduos, no momento certo, dediquem seu tempo e sua energia vital às

atividades do que poderíamos chamar de "economia familiar", atividades para as quais o Estado tem se mostrado incompetente e incapaz de substituir adequadamente as relações de solidariedade familiar. Sem isso, continuaremos assistindo ao aumento do número de jovens entregues ao vício das drogas e ao crescimento nos índices de criminalidade com elevados custos para a sociedade e para economia.

### 7.2 Transformações no mercado de trabalho

Há ainda problemas na concepção do sistema público de previdência brasileiro, que parecem ser comuns a outros sistemas, para além de questões de gênero. É que o sistema permite a aposentadoria, em menos tempo e com valores mais elevados, para a parcela da população economicamente ativa que talvez seja a que menos necessite dessas "vantagens". Para que o trabalhador possa se aposentar o mais cedo possível é necessário que ele tenha condições de se manter ocupado, em um emprego formal, de modo estável, durante todo o tempo mínimo de contribuição exigido. Diante das condições atuais e tendências de estruturação do mercado de trabalho, tal feito tende a se tornar progressivamente mais difícil de realizar, passando a ser acessível apenas a uma parcela de trabalhadores de qualificação mais elevada e maiores condições de empregabilidade.

A introdução de novas tecnologias e processos no sistema produtivo tem sido responsável pela eliminação, em curto espaço de tempo, de diversas ocupações que faziam parte do cotidiano das empresas e que por vezes exigiam algum nível de qualificação. É difícil para as pessoas que passaram razoável tempo de suas vidas desenvolvendo habilidades necessárias ao exercício de atividades que deixaram de ser necessárias encontrar outras formas para manter uma fonte de renda e continuar vinculados aos sistemas previdenciários, pelo menos num curto espaço de tempo.

O mercado de trabalho registra uma profunda modificação do seu perfil organizacional, talvez sentida ainda com pouca intensidade no Brasil, mas já em larga expansão pelo mundo. As grandes empresas responsáveis pela produção do que se considera o grosso das riquezas nacionais e que, pelo seu porte, representam o alvo prioritário para a tributação estatal, têm adotado diversas estratégias para fugir da responsabilidade pelos encargos que a sociedade lhes impõe como contrapartida dos lucros obtidos pelo uso intensivo dos recursos humanos e naturais que a sociedade provê ou mantém.

Antes notabilizadas pelo seu gigantismo e por estruturas produtivas e burocráticas complexas, que procuravam ser autossuficientes em tudo o que é necessário aos seus objetivos empresariais, essas empresas têm procurado adotar estruturas organizacionais menos concentradoras e mais voltadas para a busca dos recursos necessários à sua atividade no mercado. Um conjunto de pequenos empreendimentos satélites passa a ser responsável, sob regime contratual de prestação de serviço, por uma série de pequenas parcelas daquilo que antes era executado pela própria empresa central, ora

contratante. Essa última fica dispensada da necessidade de montar suas próprias estruturas, selecionar e treinar seus empregados e, em especial, arcar com os encargos sociais dessas atividades.

Dentre esses encargos, destaca-se o custo social de manter uma oferta perene de recursos humanos disponíveis e capacitados para a atividade laboral remunerada de que depende a economia empresarial, além dos custos de manutenção de condições de subsistência dessas pessoas após a perda de capacidade laboral, o que inclui saúde e previdência. Tais encargos não podem ser dissociados do valor de uso desse recurso social, a força de trabalho, em determinado momento e devem ser suportados por toda a sociedade, proporcionalmente, ao proveito que dele se aufere. Não se pode aceitar que a responsabilidade das empresas se encerre com o pagamento dos salários.[8]

Como resultado dessas estratégias empresariais, as atividades fiscais e arrecadatórias estatais tornam-se mais difíceis e dispendiosas ante a multiplicidade e menor porte das empresas submetidas ao seu poder de polícia: em relação ao cumprimento da legislação trabalhista e ao pagamento de impostos e contribuições destinadas ao custeio de prestações sociais. A organização sindical dos trabalhadores é dificultada, ante a sua dispersão em diversos núcleos e locais de trabalho, o que alivia a empresa de uma pressão potencialmente mais forte por aumento de salários.

As mudanças no mercado de trabalho atingem os trabalhadores de todos os níveis de qualificação. Se no passado o ideal de uma grande porção da população ativa de melhor qualificação era a conquista de um emprego em uma grande empresa, na qual fosse possível "fazer carreira" nos seus diversos setores e, com isso, poder contar com a relativa proteção e os benefícios que o seu gigantismo proporcionava, hoje, a ideia de "carreira" na iniciativa privada tende a ser um conceito cada vez mais inadequado para definir o relacionamento entre empresas e empregados. A acirrada concorrência de mercado exige dinamismo das empresas que, com frequência, necessitam mudar suas estratégias para obter sucesso. Manter pesadas estruturas produtivas e de pessoal adaptados a uma determinada estratégia empresarial não permite esse dinamismo. O custo de remodelar as estruturas produtivas e requalificar o pessoal é muito elevado. O ideal é que o relacionamento com os empregados se limite ao tempo necessário à realização de determinado objetivo empresarial, findo o qual deve findar também a relação de trabalho.

Essa relação não se dá mais em torno da ideia de "carreiras", mas da ideia de "projetos" (Boltanski et al., 2009, p. 117-129). Para se manter empregado não basta que o trabalhador procure uma qualificação específica – um diploma –, na expectativa de uma carreira que lhe garanta estabilidade e segurança, o que tende a ser cada vez mais raro. Ele precisa ser flexível, assim como as empresas têm de ser dinâmicas; precisa ter diversas qualificações que o habilitem a se engajar em diferentes projetos, conforme a necessidade do mercado. O que valoriza a qualidade do recurso humano deixa de ser a obtenção de títulos formais e passa a ser a sua empregabilidade. Apenas uma pequena

parcela do universo dos trabalhadores tem condições de qualificação suficientes para se manter empregado permanentemente ante a dinâmica do mercado de trabalho. A maioria, devido à perda momentânea de condições de empregabilidade, terá que lidar com períodos variáveis de inatividade ou de engajamento em ocupações informais, até que adquira novas qualificações ou mudem as condições do mercado.

O que se observa é que as empresas transferiram um encargo que em grande medida tradicionalmente lhes cabia, o de qualificar e requalificar seus empregados, para os próprios trabalhadores e a sociedade. O sistema previdenciário, que deveria oferecer maior proteção aos que se mostram mais vulneráveis aos eventos da vida que retiram a capacidade de trabalho e de geração de renda, oferece condições mais favoráveis aos trabalhadores que menos precisam dessa proteção: os mais qualificados – condição que se deve a pesados investimentos custeados por toda a sociedade – que se podem se manter estavelmente empregados e, por isso, conseguem se aposentar mais cedo e com melhores benefícios.

Na prática, em especial no caso brasileiro, boa parte dos trabalhadores que conseguem se aposentar mais cedo acumula o recebimento do benefício previdenciário – que deveria suprir a perda de capacidade laboral –, com a renda de trabalho assalariado, mantendo-se no mercado de trabalho por muitos anos antes de efetivamente ingressar na inatividade.

### 7.3 Iniciativas e argumentos práticos

Sem a pretensão de prescrever soluções práticas capazes de resolver os problemas relacionados à configuração dos sistemas públicos de previdência, é possível em linhas gerais apontar argumentos e exemplos concretos que podem orientar uma reformulação desses sistemas em sintonia com sua importância para o equilíbrio e sustentabilidade da ordem social como um todo.

Os sistemas de previdência não podem ser interpretados como meros mecanismos de proteção dos indivíduos por ocasião da perda momentânea ou permanente da capacidade de trabalho, mas como parte de um conjunto mais amplo de garantias que agregam à ordem social o estímulo necessário para que os indivíduos continuem acreditando que vale a pena o engajamento no sistema de produção capitalista. Por essa razão, não faz sentido a segregação estrita dos sistemas públicos de previdência, no que concerne à avaliação dos custos e resultados, em relação aos sistemas de saúde e assistência. Mais adequado seria reforçar, a exemplo da redação original da Constituição brasileira de 1988, a ideia de um sistema integrado de seguridade social, congregando um conjunto de prestações em saúde, previdência e assistência, voltadas a um mesmo interesse público geral de dotar a sociedade como um todo dos meios necessários ao seu desenvolvimento e reprodução sustentáveis.

O sistema produtivo figura como o maior beneficiário desses mecanismos de proteção social em decorrência do uso intensivo que faz de recursos humanos gerados a

custa de um elevado investimento social na formação intelectual, moral e emocional de indivíduos aptos ao ingresso no mercado de trabalho. É razoável que a contribuição para o custeio dessas prestações sociais, inclusive as de caráter previdenciário, seja proporcional ao proveito que delas se aufere. O pagamento de salários não compensa o investimento social prévio e os encargos posteriores (decorrentes do envelhecimento, de doenças ou de acidentes) necessários a que a força de trabalho esteja disponível em certo momento.

A sociedade necessita que os indivíduos em idade produtiva e reprodutiva tenham a garantia de uma renda estável que lhes assegure o afastamento da atividade laboral remunerada por períodos mais longos que os assegurados atualmente, para que possam se dedicar às diversas situações da vida que demandam maior dedicação à família. Em especial, destaca-se a conveniência de um afastamento mais prolongado para dedicação aos cuidados necessários com os filhos em idade pré-escolar, essencial para o pleno desenvolvimento intelectual e emocional da criança.[9] Outra possibilidade seria a viabilização de afastamento remunerado que permitisse ao indivíduo buscar novas qualificações e, com isso, melhores condições de empregabilidade e de realização pessoal na atividade profissional escolhida. O usufruto de novas e mais prolongadas possibilidades de afastamento do trabalho, com garantia de renda, poderia ser compensada pelo equivalente aumento das idades mínimas para que os optantes alcançassem o direito aos benefícios voltados a suprir a perda da capacidade laboral.

Há um largo campo de atividades de interesse social, mas de pouco ou nenhum interesse na economia de mercado, que podem ser eficazmente incentivadas por semelhantes mecanismos de proteção social, para cujo acesso seja dispensado o prévio exercício de atividade laboral remunerada. Ainda no exemplo brasileiro, podemos citar programas de transferência de renda, como o "Bolsa Família", do governo federal, que oferece uma renda estável a famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, garantindo um mínimo de segurança alimentar e proteção a crianças que, sem esse auxílio, estariam expostas a grave situação de risco social; e o "Bolsa Floresta", do governo do estado do Amazonas, que, dentre outras iniciativas, provê um complemento de renda às famílias residentes em unidades de conservação ambiental, como suporte ao modo de vida e à economia de subsistência praticada nessas comunidades, promovendo a proteção do meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

A experiência brasileira mostra que, não havendo condições de conciliar adequadamente o trabalho remunerado com as necessidades vitais, por meio de mecanismos desse tipo, grande parte da população de baixa qualificação continuará "optando" pela informalidade laboral, contando com o denominado "benefício de prestação continuada", de caráter assistencial, o qual, na prática, funciona como um sucedâneo de aposentadoria por idade, a partir dos 65 anos.

Ante a internacionalização do sistema produtivo, do mercado de trabalho e do mercado de consumo de bens e serviços, a eficácia de iniciativas desse tipo é fortemente

dependente de que eventuais reformas sejam adotadas em nível global, sob pena de desequilíbrios que tornariam inviável sua implementação. Acreditamos seja esse o aspecto mais desafiador do problema a demandar um enorme esforço de entendimento político entre nações, aparentemente, ainda distante de ser concretizado.

## CONCLUSÃO

A título de conclusão deste artigo apresentam-se os seguintes tópicos:

1. As crises financeiras internacionais têm trazido ao debate público a necessidade de maior intervenção do Estado na economia e a tensão entre o endividamento público dos países centrais do sistema capitalista internacional, e a demanda por prestações sociais nos campos da saúde, da previdência e da assistência. Destaca-se a recorrente demanda por reformas legais nos sistemas públicos de previdência, restringindo-se o acesso aos benefícios.

2. O trabalho representa um valor fundamental para a sociedade capitalista, que avalia e compara suas diversas modalidades por meio das grandezas tempo e dinheiro, possibilitando abstratamente a acumulação e circulação daquilo que, a rigor, não se prestaria a esse fim: a atividade humana concretamente situada no tempo. Essa atividade não pode ser tratada como mera mercadoria sujeita às leis do mercado. O pagamento de salários não exaure a responsabilidade social pela criação e manutenção de um contingente estável de pessoas capacitadas e estimuladas a dedicar seu tempo ao trabalho que gera a riqueza social. A força de trabalho não pode ser dissociada do substrato humano que a contém, com todas as suas necessidades e vicissitudes.

3. Os sistemas públicos de previdência podem ser compreendidos como uma ficção jurídico-econômica, por meio da qual as sociedades equacionam o problema inerente à condição humana de, no início e no fim de sua vida, ter limitada sua capacidade laboral, sendo necessário tornar perene a garantia de segurança econômica ao longo de sua existência. Esses sistemas, embora sejam comumente interpretados segundo um modelo contratual, sob uma lógica de capitalização ou de seguro (os benefícios devem ser estritamente proporcionais às contribuições dos beneficiários), quando afastadas as abstrações jurídico-econômicas neles envolvidas, podem ser melhor compreendidos sob a lógica de um compromisso de solidariedade social entre gerações: o compromisso de que a parcela da população que a cada momento encontrar-se na plenitude de sua capacidade laboral deve prover as atividades humanas necessárias ao sustento de toda a sociedade.

4. Os sistemas públicos de previdência funcionam como instrumento de intervenção Estatal na economia para evitar que o mercado, pelo seu modo de organização, exaura a capacidade da sociedade de prover os recursos humanos necessários à atividade produtiva. Por meio deles o Estado dá aos trabalhadores condições mínimas de segurança econômica, garantindo sua subsistência e reprodução. Sem essas condições mínimas, os indivíduos dificilmente teriam o estímulo e as condições materiais necessários para exercer o duplo papel que a economia de mercado contemporânea espera deles: o de fornecedores de força de trabalho e o de consumidores dos bens e serviços produzidos.

5. A valorização das atividades relacionadas à economia de mercado e a desvalorização de outras atividades humanas que, embora não remuneradas, são essenciais para a manutenção do modo de vida que conhecemos, como o cuidado e a assistência, assumidos tradicionalmente como obrigações de solidariedade familiar, têm forçado a busca por posições no mercado de trabalho em prejuízo dessas outras atividades. Em contrapartida, o Estado é chamado a substituir a família por meio de prestações a cargo de sistemas de seguridade social, havendo intensa contestação quanto à sustentabilidade financeira desses sistemas, em longo prazo, ante o crescimento das demandas sociais.

6. Sendo o cuidado e a assistência essenciais para a manutenção da vida humana em sociedade, a simples restrição das prestações estatais, ante a pressão pelo controle do endividamento público, não parece ser uma alternativa. Sugere-se uma revalorização dessas atividades humanas não remuneradas e o oferecimento de condições materiais para que os indivíduos possam, eles mesmos, prover o cuidado e a assistência de que suas famílias e pessoas próximas necessitem, especialmente pela garantia, no momento certo, de tempo (afastamento do trabalho remunerado) e estabilidade econômica. Os sistemas públicos de previdência podem funcionar como instrumento para esses fins.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : *RECEBIDO EM 30/08/2011*

NOTAS

**1** Para uma análise crítica aprofundada sobre a lógica organizacional do sistema capitalista, v. Wallerstein, 2001, p. 13-40 e Boltanski et al., 2009, p. 31-60.

**2** "Ao associar as ações de previdência, assistência e saúde num corpo integrado e ao se estruturar com base no princípio da universalidade da cobertura e atendimento, o sistema de proteção social definido na Constituição Federal prevê garantias contra contingências sociais que ameacem a sobrevivência do indivíduo. Nesse sentido, tal concepção de proteção vai além da concessão de benefício em caso de perda de capacidade de trabalho, que é o comumente associado a estruturas previdenciárias em termos estritos. Essa concepção se afasta da ideia da previdência como 'seguro', em que a pessoa tem um contrato e direitos individuais e, quando ocorre o evento previsto, recebe algum benefício de acordo com o que contribuiu. Na *Seguridade* prevalecem o contrato social e os direitos sociais, em que a necessidade do cidadão prepondera sobre suas eventuais contribuições para o sistema. [...] Esse sistema – no qual os benefícios da previdência, assistência e saúde são direitos garantidos pela cidadania, de acordo com a Constituição Federal brasileira – não poderia ter sustentação apenas nas contribuições incidentes sobre as folhas de salários e sobre os rendimentos dos trabalhadores. [...] Como visto, a Constituição Federal, no art. 194, explicita – como um dos princípios estruturantes do sistema – a diversidade de fontes de financiamento e, no art. 195, indica essas fontes, não as vinculando a cada um dos três eixos de políticas – saúde, assistência e previdência –, que, ao contrário, constituem um sistema integrado de proteção social. [...] A diversificação das fontes de financiamento também tornou o sistema menos refém do ciclo econômico. Ou seja, um sistema de proteção social financiado exclusivamente por contribuições de trabalhadores e empresas sobre folha sofreria duplamente em períodos de recessão econômica, com suas receitas se contraindo e suas despesas aumentando. Com base mais ampla de financiamento, a Seguridade Social brasileira apresenta menor vulnerabilidade frente às oscilações da economia. Além disso, a incidência de contribuições sobre lucro e faturamento possibilita melhor distribuição do peso de sustentação do sistema, impedindo que os setores intensivos em trabalho sejam sobrecarregados" (Dieese, 2007).

**3** "Entre outras medidas, a Emenda Constitucional n. 20 introduziu o princípio do "equilíbrio financeiro e atuarial" na organização da previdência pública. [...] A imposição rígida de critérios de equilíbrio financeiro e atuarial limita o objetivo redistributivo da Seguridade Social e pode vir a colocar em risco alguns tipos de aposentadorias, em especial aquelas cujos valores de benefício não guardam relação direta com contribuições acumuladas. A lógica de equilíbrio financeiro e atuarial é muito mais adequada ao conceito de 'seguro' previdenciário como direito individual e, portanto, em última instância, está em contradição com a concepção dos benefícios da Seguridade como direitos de cidadania" (Dieese, 2007).

**4** Para uma análise filosófica profunda e elegante sobre o tema "tempo" e sua relação com a economia e a vida das pessoas em geral, ver Giannetti, 2005, p. 193-209.

**5** "Balanço intergeracional é simplesmente o valor líquido de todos os impostos pagos ao longo de uma vida inteira – ou, mais precisamente, a diferença entre todos os impostos que os cidadãos nascidos em um ano qualquer irão pagar futuramente, ao longo da vida inteira, em se mantendo a política vigente, e todas as transferências por ele recebidas. Comparando-se o balanço intergeracional dos recém-nascidos de hoje com o balanço de recém-nascidos no futuro, efetuadas as devidas correções de crescimento demográfico e econômico, obtém-se, pois, uma medida precisa do equilíbrio ou desequilíbrio intergeracional. Se os balanços intergeracionais das gerações futuras são mais elevados que o balanço dos recém-nascidos de hoje, isto significa que a política de hoje apresenta um desequilíbrio intergeracional e, portanto, é insustentável" (Ferguson, 2007, p. 250)

**6** *"The problem with this reasoning is that old-age retirement was conceived as an insurance against the loss of capacity for work due to old age, and should not be used as an instrument to correct gender-based discrimination, real or supposed."*

**7** "Considere o fato de que a maioria dos trabalhos "exigem que a pessoa, neutra quanto ao gênero, que esteja qualificada para eles seja alguém que não é guardião primário de uma criança em idade pré-escolar" (Mackinnon, 1987, p. 37). Dado que ainda se espera que as mulheres tomem conta dos filhos em nossa sociedade, os homens tenderão a se sair melhor do que as mulheres ao competir por tais trabalhos. Isso não acontece porque haja discriminação contra as mulheres candidatas. Os empregadores podem não dar atenção ao gênero dos candidatos ou podem, na verdade, desejar contratar mais mulheres. O problema é que muitas mulheres

carecem de qualificação relevante para o trabalho – isto é, serem livres de responsabilidades pelo cuidado dos filhos. Há neutralidade quanto ao gênero no fato de que os empregadores não atentam para o gênero dos candidatos, mas não há igualdade sexual, pois o trabalho foi definido com o pressuposto de que seria preenchido por homens que tivessem mulheres em casa, cuidando dos filhos. [...] Essa incompatibilidade que os homens originaram entre a criação dos filhos e o trabalho remunerado tem resultados profundamente desiguais para as mulheres. O resultado é não apenas que as posições mais valorizadas da sociedade são ocupadas por homens, enquanto as mulheres encontram-se desproporcionalmente concentradas no trabalho de meio período e com salário mais baixo, mas também que muitas mulheres tornam-se economicamente dependentes dos homens." (Kymlicka, 2006, p. 308-309)

**8** O trabalho, como se sabe, é uma ficção jurídica quando considerado como mercadoria destacável daquele que o produz (Polanyi, 1983; Supiot, 1997). O "recurso humano" não pode ser consumido como os outros, pois supõe um custo de manutenção e reprodução que deveria ser indissociável de seu custo de utilização. Aquele que compra um tomate paga, em princípio, seu custo de fabricação desde a geração da semente, passando pela terra, pela fertilização e pelos cuidados que lhe foram dispensados. Ele não se limita a alugar o tomate pelo tempo que ele demora para passar do prato ao estômago. No entanto, é diante de uma situação desse tipo que nos vemos com frequência cada vez maior no que se refere ao trabalho, pois estão sendo cada vez mais separados dos salários pagos os custos incorridos antes do emprego (escola, formação, sustento durante períodos de inatividade e folgas), ou depois dele (reconstituição das forças, desgaste e envelhecimento), sem contar que o efeito da intensificação sobre a saúde física e mental não é positivo. Essa situação é mais problemática porque a "produção" do "recurso humano" é demorada, tal como ocorre com certas árvores que são plantadas muito tempo antes da colheita; os efeitos da situação atual, portanto, se farão sentir ao longo de várias décadas. Os custos de manutenção e reprodução do trabalho foram assim em grande parte transferidos para os indivíduos e para os dispositivos públicos, reforçando nos primeiros as desigualdades associadas aos rendimentos – visto que os mais pobres não podem se manter e se reproduzir sem ajuda –, e acentuando no segundo a crise do Estado-providência, obrigado a impor novas contribuições, o que possibilita às empresas eximir-se cada vez mais de suas responsabilidades, num círculo vicioso de que os fenômenos socioeconômicos oferecem numerosos exemplos" (Boltanski et al., 2009, p. 279-280).

**9** Sobre o tema, incluindo o relato de políticas públicas concretas no sentido descrito no texto, conferir Teixeira, 2010.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, È. *O novo espírito do capitalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
DIEESE. Nota Técnica: Previdência social brasileira: concepção constitucional e tentativas de desconstrução. n. 51, set. 2007.
EISLER, R. *A verdadeira riqueza das nações*. São Paulo: Cultrix, 2008.
FERGUSON, N. *A lógica do dinheiro: riqueza e poder no mundo moderno 1700-2000*. Rio de Janeiro: Record, 2007.
GIANNETTI, E. *O valor do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
KYMLICKA, W. *Filosofia política contemporânea*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
MESQUITA, R.; BALBINOTTO NETO, G. Regulatory Shortcomings of Brazilian Social Security. *Economic Analysis of Law Review*, América do Norte, v. 1, n. 1, 2010. Disponível em: <http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1468/1120>. Acesso em: 6 abr. 2011.
POLANYI, K. *A grande transformação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
SMITH, A. An inquiry into the nature and causes of the wealth of the nations. Digireads.com, 2009. Disponível em: <http://books.google.com.br/books?id=rBiqT86BGQEC&lpg=PA1&dq=adam%20smith%20wealth%20of%20nations&hl=pt-br&pg=PA3#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 7 abr. 2011.
TEIXEIRA, D. V. Desigualdade de gênero: sobre garantias e responsabilidades sociais de homens e mulheres. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 6, n. 1, 2010. Disponível em:

<www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 nov. 2011.
WALLERSTEIN, I. *Capitalismo histórico e civilização capitalista*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

*Daniel Viana Teixeira*

Mestre em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (Unifor)
Procurador Federal da Advocacia-Geral da União

Av. Santos Dumont, n. 1890 – 4º andar
Aldeota – 60150-160
Fortaleza – CE – Brasil
*daniel.teixeira@agu.gov.br*

# INDÍGENAS URBANOS Y DERECHOS CULTURALES: LOS LÍMITES DEL MULTICULTURALISMO LIBERAL

*Daniel Bonilla Maldonado* [1]

*URBAN INDIANS AND CULTURAL RIGHTS: THE LIMITS OF MULTICULTURAL LIBERALISM*

**RESUMO**

En este artículo se evalúan los límites del multiculturalismo liberal para describir y evaluar la realidad de los indígenas contemporáneos. El liberalismo multicultural llena de contenido la identidad indígena haciendo uso de las siguientes cinco categorías: territorio ancestral, territorio rural, naturaleza salvaje, prácticas culturales atávicas y economía de subsistencia. Esta forma de entender la identidad indígena, además, es la base para sustentar quiénes son titulares legítimos de los derechos culturales compatibles con el liberalismo. Sin embargo, esta descripción de la identidad indígena choca con la realidad de buena parte de los indígenas contemporáneos. La realidad de una parte muy importante de estos individuos y colectividades está estrechamente relacionada con contextos urbanos que están fuera de sus territorios ancestrales. En México, por ejemplo, aproximadamente el 30% de los indígenas vive en ciudades, en Canadá lo hace el 50 % y en Australia el 75%. Hoy en día, el 61% de los indígenas estadounidenses y el 21% de los colombianos habitan en zonas urbanas. Los indígenas contemporáneos son, en buena parte, indígenas urbanos que forman parte de la economía de mercado. No obstante, el liberalismo multicultural, con sus categorías descriptivas y normativas, no tiene la posibilidad de reconocerlos y acomodarlos apropiadamente en la comunidad política.

**PALAVRAS-CHAVE**

Multiculturalismo; liberalismo; indígenas; identidad.

***ABSTRACT***

*In this article, I assess the limits of liberal multiculturalism to describe and evaluate the reality of contemporary Indians. Liberal multiculturalism structures Indian identity appealing to the following five categories: ancestral territory, rural territory, wild nature, atavic cultural practices, and subsistence economy. This way of understanding Indian identity, moreover, is the basis to justify who is entitled to the cultural rights that are compatible with liberalism. However, this description of Indian identity collides with the reality of a great number of contemporary Indians. The life of an important part of these individuals and groups is closely linked to urban contexts that are outside their ancestral territories. In Mexico, for example, approximately 30% of Indians live in cities, in Canada 50%, and in Australia 75% do so. Today, 61% of U.S. Indians and 21% of Colombian Indians live in urban areas. Contemporary Indians are in great part urban Indians that are part of the market economy. Yet, multicultural liberalism, its descriptive and normative categories, does not have the capacity to recognize and accommodate them properly to the polity.*

***KEYWORDS***

*Multiculturalism; liberalism; indians; identity.*

> "There are strangers above me, below me and all around me and we are all strange in this place of recent invention. This city named for angels appears naked and stripped of anything resembling the shaking of turtle shells, the songs of human voices on a summer night outside Okmulgee. Yet, it's perpetually summer here, and beautiful. The shimmer of gods is easier to perceive at sunrise or dusk, when those who remember us here in the illusion of the marketplace turn toward the changing of the sun and say our names. We matter to somebody, We must matter to the strange god who imagines us as we revolve together in the dark sky on the path to the Milky Way. We can't easily see that starry road from the perspective of the crossing of boulevards, can't hear it in the whine of civilization or taste the minerals of planets in hamburgers. But we can buy a map here of the stars' homes, dial a tone for dangerous love, choose from several brands of water, or a hiss of oxygen for gentle rejuvenation. Everyone knows you can't buy love but you can still sell your soul for less than a song, to a stranger who will sell it to someone else for a profit until you're owned by a company of strangers in the city of the strange and getting stranger. I'd rather understand how to sing from a crow who was never good at singing or much of anything but finding gold in the trash of humans. So what are we doing here I ask the crow parading on the ledge of falling that hangs over this precarious city? Crow just laughs and says wait, wait and see and I am waiting and not seeing anything, not just yet. But like crow I collect the shine of anything beautiful I can find"[2].

> "I got them reservation blues I'm dressed up like a dude In my high heeled shoes I got my Visa and pay my dues I left my family back on the res big city lights I miss my family and kids been gone so long I don't know who I is"[3]

El poema de Joy Harjo y la canción de Charlie Hill, recogen uno de los núcleos que constituyen la experiencia actual de los indígenas urbanos. Las vivencias de buena parte de los indígenas que habitan en las ciudades de los Estados contemporáneos giran en torno a preguntas sobre los contornos y la estructura de su identidad individual y colectiva. Los personajes de estos escritos se preguntan quiénes son, qué variables los caracterizan y qué elementos constituyen la comunidad a la que pertenecen. Estos sujetos habitan un espacio que no es el que históricamente se asocia con el tipo de sujeto con el que ellos se identifican. Los indígenas, se dice tradicionalmente, no viven en las ciudades; los indígenas viven en el campo, en las reservas y resguardos; en sus territorios colectivos y ancestrales. Es en estos espacios donde su cultura se encuentra enraizada. Ahí están los referentes materiales y simbólicos que nutren sus tradiciones. Ahí y sólo ahí se pueden volver realidad las prácticas que los hacen sujetos y grupos particulares. Los indígenas son culturalmente diversos, se

argumenta, dada la íntima relación que tienen con sus tierras ancestrales y con las variables físicas que las caracterizan. Los indígenas, se dice continuamente, tienen una relación particular y única con la naturaleza. Se entienden como parte del entorno natural, no como sus dueños. Su relación con la tierra no está, por tanto, centrada en su explotación.

En contraste, los personajes de Harjo y Hill, que se autodescriben como indígenas, viven en la ciudad, inmersos en la economía de mercado y con contactos físicos tenues con sus comunidades y culturas. Estos individuos, en última instancia, se preguntan si pueden llamarse legítimamente indígenas y vivir en la ciudad, si se puede hablar con sentido de ser "indígenas urbanos". La noción dominante sobre la identidad indígena, que ellos mismos han interiorizado, choca con los contextos en los que habitan, con muchas de las prácticas culturales que adelantan y con la manera como se comprenden.

Las preguntas que se hacen los protagonistas de estas narraciones son existenciales. Tienen que ver con el sentido y valor que tiene su proyecto de buen vivir y, por tanto, con el sentido y valor de su identidad individual. Sin embargo, estas mismas preguntas resultan fundamentales para el derecho y la filosofía política contemporáneos. El modelo liberal multicultural que fundamenta los derechos culturales o derechos diferenciados que se le han reconocido a las comunidades indígenas en democracias liberales tan distintas como Estados Unidos, Canadá, Brasil y Colombia, se basa en la existencia de un "otro" claramente distinguible. Sólo aquél que es culturalmente diverso puede ser titular de un conjunto de derechos que están fuera del alcance de los miembros de la cultura mayoritaria. Estos derechos (culturales, de autogobierno y de representación política grupal[4], entre otros), son instrumentos que permiten a las minorías culturales proteger y reproducir sus tradiciones.

En el caso de las comunidades indígenas, el liberalismo multicultural se ha nutrido de un modelo antropológico según el cual ser "otro", históricamente, ha significado pertenecer a una minoría nacional; esto es, formar parte de una colectividad que habita un territorio ancestral, habla un idioma particular, encarna una cultura específica, tiene un pasado común y quiere mantenerse como una comunidad cultural distinta a la mayoritaria[5]. Esta asociación entre las comunidades indígenas y las minorías nacionales, usualmente, ha estado ligada a una descripción esencialista y homogeneizante de tales colectividades. Dicha descripción asocia estrechamente identidad con territorio, equipara territorio con tierras ancestrales rurales y relaciona íntimamente estas tierras con prácticas culturales tradicionales[6]. Así, el modelo liberal se nutre de un modelo antropológico, que en adelante llamaré "indigenista", en el que lo indígena se asocia con las siguientes cinco categorías: territorio ancestral[7], territorio rural, naturaleza salvaje, prácticas culturales atávicas y economía de subsistencia[8].

Sin embargo, este modelo antropológico choca con la realidad de un número importante de personas que se autodescriben como indígenas pero que viven en

contextos urbanos[9], forman parte de la economía de mercado, no hablan o no dominan suficientemente el idioma tradicional de su comunidad, no ponen en práctica o no conocen la mayor parte de las tradiciones de sus ancestros y no tienen contacto con el territorio de su colectividad o solo interactúan esporádicamente con él. La existencia de indígenas urbanos es un fenómeno global. Así, por ejemplo, en México aproximadamente el 30% de los indígenas vive en ciudades[10], en Canadá lo hace el 50%[11] y en Australia el 75%[12]. En Nueva Zelanda el 83% de los Maoríes vive en contextos urbanos[13] y de los 734.127 indígenas que viven en Brasil, 383.298 viven en áreas urbanas[14]. En Chile, el 69,4% de quienes se reconocen como indígenas vive en pueblos y ciudades y, de este grupo, el 27,1% vive en Santiago[15]. Hoy en día, el 61% de los indígenas estadounidenses[16] y el 21% de los colombianos[17] no habita en sus territorios ancestrales sino en contextos urbanos como Denver y Bogotá[18]. En Denver habitan 42.423[19] indígenas mientras que en Bogotá lo hacen 15.033[20].

En Denver y Bogotá, como en muchas otras ciudades del mundo, las preguntas y respuestas relacionadas con el modo en qué se debe acomodar y reconocer la diversidad cultural están directamente conectadas con los retos teóricos y prácticos que plantea la existencia de indígenas urbanos. Este escrito, en consecuencia, tiene como objetivo examinar los límites de estas categorías. En particular, busca evaluar las tensiones que existen entre el modelo liberal multicultural, que justifica los derechos diferenciados en muchas de las democracias liberales contemporáneas, y el modelo antropológico indigenista, del que aquel se nutre para calificar como un "otro" que es titular de derechos diferenciados a las comunidades indígenas, por un lado, y la existencia de indígenas urbanos, por el otro. La tesis central del artículo está compuesta por tres argumentos que se interrelacionan estrechamente.

En primera instancia, argumento que el modelo antropológico indigenista que usualmente nutre el derecho y la política liberal multicultural esencializa y homogeneiza las comunidades indígenas. Este modelo, por tanto, es incapaz de dar cuenta de la diversidad que existe dentro de estas colectividades y del carácter contingente de la identidad indígena. En tanto que el modelo identifica como componentes necesarios de una verdadera identidad indígena la existencia de un territorio ancestral rural e indómito y una cultura tradicional estrechamente ligada y dependiente de este territorio, es incapaz de describir una buena parte de los sujetos y comunidades que se autodescriben como indígenas pero que no satisfacen los anteriores requisitos para poder pertenecer "legítimamente" a una comunidad indígena, esto es, los indígenas urbanos.

En segunda instancia, argumento que los procesos masivos de urbanización de los indígenas, que se pueden ver tanto en el Sur como en el Norte Global, han hecho que las categorías más comúnmente aceptadas en la literatura filosófica liberal para nombrar los grupos culturales minoritarios (minoría nacional y grupo étnico[21]) resulten limitadas para designar la realidad de los indígenas urbanos – que, como se

ha visto, constituyen un número importante de los individuos y colectividades que se definen como indígenas. Las comunidades indígenas no son siempre colectividades que viven en un territorio ancestral, con una historia, una lengua y una cultura comunes y que quieren mantenerse como una cultura claramente distinta y separada de la mayoritaria. Del mismo modo, las comunidades indígenas usualmente no están conformadas por grupos de inmigrantes voluntarios que quieren integrarse a las prácticas políticas de la cultura mayoritaria y que, a su vez, quieren mantener espacios privados y públicos para manifestar y reproducir su diferencia cultural. Los indígenas urbanos parecería que se sitúan en varios puntos intermedios en el rango creado por estas dos categorías.

En tercera y última instancia, quisiera argumentar que cuando se reconoce la existencia de indígenas urbanos se pierde el balance teórico y práctico logrado entre el modelo liberal multicultural y el modelo antropológico dominante que ha permitido justificar la existencia de derechos culturales para las comunidades indígenas. Esta dificultad teórica y práctica es consecuencia de la imposibilidad de describir a las comunidades indígenas urbanas como minorías nacionales. En particular, este hecho impide que el modelo liberal multicultural pueda aceptar que las comunidades indígenas urbanas sean titulares de derechos de autogobierno o de representación política grupal – derechos que han sido históricamente útiles para la defensa de las culturas tradicionales de las comunidades indígenas y que se han conseguido a través de largos y difíciles procesos en los que los indígenas han jugado un papel central y por los que han pagado un alto precio político y social.

Para fundamentar los anteriores argumentos dividiré este texto en dos partes. En la primera, presentaré los ejes que estructuran el modelo liberal multicultural que justifica los derechos diferenciados que muchos de los ordenamientos jurídicos de las democracias liberales contemporáneas reconocen a las comunidades indígenas, así como el modelo antropológico con el que está estrecha, pero contingentemente, ligado. De igual forma, en esta primera parte del texto haré explícita la manera como el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos de las democracias liberales que reconocen derechos diferenciados a las comunidades indígenas se ven influenciados por la alianza entre el liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista. En la segunda parte, analizaré los retos teóricos y prácticos que genera la existencia de indígenas urbanos para la defensa de los intereses de muchas comunidades indígenas, así como para los ordenamientos jurídicos y políticos comprometidos con el liberalismo multicultural.

## El liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista

El liberalismo multicultural, quisiera argumentar, es la vertiente teórica que considera que los derechos diferenciados son compatibles con la igualdad y la autonomía[22].

Esta interpretación del liberalismo defiende la idea de que la cultura es un bien que la comunidad política debe proteger y que, para conseguir este fin, es necesario que las minorías culturales sean titulares de un conjunto de derechos particulares de los que no son titulares los miembros de la cultura mayoritaria.[23]

Para esta corriente liberal, la cultura es un bien social o un bien primario[24] necesario para el ejercicio de la autonomía. Los individuos no escogen, transforman o cambian sus proyectos de buen vivir en el vacío. Lo hacen dentro de un contexto cultural que determina las opciones disponibles para el sujeto, así como el valor que cada una de alternativas tiene. Los sujetos, se argumenta, no son mónadas que pueden construirse solitariamente, aisladas del "otro" y del entramado de variables y fuerzas que constituye la cultura en la que están inmersos.

Así, por ejemplo, un miembro de la comunidad indígena Nukak Maku, colectividad nómada que habita en la Amazonía colombiana, está sumido en un horizonte de perspectivas que le ofrece un número amplio pero limitado de opciones de buen vivir, por ejemplo, el ser cazador, pescador, recolector o médico tradicional (o una combinación de algunas de ellas) en zonas de selva húmeda tropical. Sin embargo, no le ofrece como una opción o como una alternativa valiosa el convertirse en un agricultor sedentario o en un comerciante que vive en una de las ciudades de la zona andina de Colombia. Claro, el contexto en el que viven los Nukak Maku puede variar. De hecho, algunos de los grupos que componen esta comunidad han entrado en contacto con la sociedad mayoritaria atraídos por las comodidades de la sociedad moderna, en busca de servicios médicos para sus miembros o huyendo de la violencia generada por el narcotráfico o el conflicto armado que vive Colombia. Este contacto ha hecho que algunos de estos indígenas se hayan asentado en contextos urbanos, hayan aprendido español o se hayan distanciado de su cultura tradicional. En estos casos las opciones disponibles para el ejercicio de la autonomía individual de los Nukak Maku son diferentes a las de los grupos y sujetos que no han tenido contacto con la sociedad mayoritaria. Sin embargo, este sigue siendo el contexto dentro del cual los miembros de esta comunidad construyen y reconstruyen su identidad.

Ahora bien, las razones por las cuales los liberales multiculturales creen que la cultura debe protegerse varían. Para unos debe protegerse en tanto que constituye un bien primario para los individuos; para otros, en tanto que es un bien social que tiene valor en sí mismo[25]. En el primer caso, la cultura es un recurso necesario para que el sujeto pueda construir su identidad individual. Es un bien necesario para que cada uno pueda escoger y transformar su proyecto de buen vivir. La cultura no tiene valor en sí misma; lo tiene en tanto que es una herramienta necesaria para poder acceder a otros bienes que se consideran valiosos. En el segundo caso, la cultura tiene un valor social que es independiente de la función que cumple en relación con la autonomía individual. No es un bien sólo porque sea un medio para que las personas

alcancen un fin que consideran valioso – ejercer su autonomía. La cultura tiene un valor intrínseco en tanto que es la condición de posibilidad de las cosas que los individuos valoran[26]. Sin tal entramado de perspectivas esas otras cosas que los individuos consideran valiosas no existirían.

A pesar de las diferencias que existen dentro del liberalismo multicultural sobre las razones que justifican que la cultura sea considerada un bien, existe un amplio acuerdo dentro de esta perspectiva teórica en torno a que las minorías culturales deben ser titulares de una serie de derechos que les permitan defender y promover sus tradiciones. Las minorías culturales han de tener herramientas jurídicas para evitar el decaimiento de su cultura. Admitir su declive o desaparición, afirma el liberalismo multicultural, debe ser una decisión de sus miembros y no una consecuencia de las relaciones de poder que existen dentro del Estado. Ciertamente, los miembros de las minorías culturales podrían ser asimilados por otra cultura y, por tanto, tener acceso a un horizonte de perspectivas particular – aunque tenga contornos y ejes distintos al de la cultura tradicional. Estos individuos podrían ejercer su autonomía dentro de este nuevo entramado cultural. Sin embargo, el costo que tendrían que pagar por este cambio es usualmente alto y no podría imponérseles justificadamente. El precio que pagarían en términos económicos y de autoestima, por ejemplo, sería excesivo.

Las consecuencias de la asimilación forzada de los indígenas en el continente americano evidencian el alto importe que pagan los individuos cuando cambian forzadamente de cultura. Las políticas de reasentamiento obligatorio en ciudades, por ejemplo, han causado daños tremendos entre los miembros de las comunidades indígenas. En la ciudad, las personas que tradicionalmente han vivido en contextos rurales, pierden los referentes que explican y dan valor a sus vidas. En una ciudad industrial que gira en torno a la economía de mercado, por ejemplo, un pescador que es socialmente estimado en la comunidad rural y lacustre de la que proviene pasa a ser un sujeto anónimo con muy poco valor en la colectividad. La autoestima, el capital social y los recursos económicos de este individuo disminuyen notablemente con el cambio de contextos culturales.

Ahora bien, para el liberalismo multicultural los derechos diferenciados no deben defenderse únicamente para proteger la autonomía individual. También han de protegerse por razones de igualdad. Las minorías culturales, usualmente, están en desventaja frente a las culturas mayoritarias en cuanto al poder que tienen para proteger y promover sus tradiciones. El Estado, generalmente, usa las enormes fuerzas de que dispone para proteger la cultura dominante dentro de la comunidad política. La acción estatal, por tanto, hace que las probabilidades de que la cultura de la sociedad mayoritaria pueda florecer y proyectarse en el futuro sean altas y que, en contraste, las probabilidades de que esto mismo suceda con las culturas de las comunidades minoritarias sean notablemente más bajas. Los derechos

diferenciados, argumenta el liberalismo multicultural, son las herramientas jurídicas que permiten que las culturas minoritarias determinen autónomamente el tipo y grado de contacto que quieren tener con la cultura mayoritaria y se opongan efectivamente a las intervenciones indebidas del Estado en los asuntos privados y públicos de la comunidad.

Ahora bien, la defensa de los derechos diferenciados que hace el liberalismo multicultural choca de manera directa con la interpretación estándar del canon liberal. El liberalismo procedimental considera que la intervención del Estado en cuestiones relacionadas con la cultura es una violación de principios centrales del liberalismo. Por un lado, viola el principio que indica que el Estado debe respetar la frontera que separa el ámbito de lo privado del ámbito de lo público[27]. El primero es el espacio de la moral; la esfera en donde los individuos articulan, transforman e intentan materializar sus proyectos de buen vivir. Este, por tanto, es el espacio de la cultura – categoría que está directamente relacionada con las opciones vitales que escogen las personas. Cuestiones que tienen que ver con la religión que se profesa, los idiomas que se hablan o las prácticas sociales con las que se está comprometido, por ejemplo, competen únicamente a los individuos; están estrechamente ligados con el tipo de sujeto que quieren hacer de sí mismos.

El segundo es la esfera de la justicia; la órbita en donde se determina la estructura básica de la comunidad política y, por tanto, el lugar donde se decide cómo ha de distribuirse el poder, la autoridad y los recursos de los que ésta dispone. Las acciones estatales que cruzan los límites que protegen la autonomía de estas dos órbitas violentan el espacio que tienen los individuos para ejercer su autonomía y construir su identidad. El Estado, argumenta el liberalismo procedimental, no debe invadir el espacio íntimo en donde el sujeto se construye autónomamente. Para el liberalismo procedimental debe haber una discontinuidad entre la órbita privada y la órbita pública si se quiere proteger la libertad individual[28].

Por otro lado, la intervención del Estado en cuestiones relacionadas con la cultura viola el principio que indica que éste debe tratar con igual consideración y respeto a todos los ciudadanos[29]. El Estado, señala el liberalismo procedimental, debe mantenerse neutral frente a los proyectos de buen vivir de sus asociados y, según afirma vehementemente esta doctrina, no puede poner al servicio de un proyecto de buen vivir, así sea el que las mayorías favorecen, los inmensos recursos materiales y simbólicos que tiene a su disposición. De hacerlo, estaría privilegiando a un grupo de miembros de la polis por sobre los otros y, por ende, estaría atentando contra la igualdad política de todos los asociados. De igual forma, estaría poniendo en cuestión la igualdad básica de todos los seres humanos, que justifica la igualdad política de los ciudadanos con la que está comprometido el liberalismo.

El liberalismo multicultural responde al liberalismo procedimental con dos argumentos. El primero, hace referencia a la estrecha conexión que existe entre la

autonomía individual y la cultura a la que se aludió anteriormente. Agrega, además, que el liberalismo procedimental pierde de vista que los sujetos no escogen pertenecer a una cultura determinada; nacen en ella. La autonomía, por tanto, no tiene nada que ver con el horizonte de perspectivas dentro del cual está inmerso el sujeto al inicio y durante buena parte de su vida. Es evidente que, teóricamente, los sujetos pueden escoger cambiar de cultura. Sin embargo, los recursos materiales que la mayoría de las personas controlan no permiten que ésta sea una opción real la mayoría de las veces. Cuando lo es, tal como se manifestó más arriba, esta opción implica pagar unos costos que pocas personas estarían dispuesta a asumir.

El segundo argumento indica que el ideal de la neutralidad del Estado, en el que se basa el liberalismo procedimental, es irrealizable[30]. El Estado no puede dejar de tomar decisiones sobre cuestiones relacionadas con la cultura. Determinar cuál es el idioma oficial del Estado, cuáles son sus símbolos patrios y cómo se deben distribuir los recursos escasos para financiar las prácticas culturales de las personas y colectivos, son cuestiones que el Estado ineludiblemente debe decidir. Cuando esta dimensión de la realidad política se deja al margen, apelando al ideal de la neutralidad, usualmente se oscurece el hecho de que el Estado ha tomado y seguirá tomando este tipo de decisiones de manera que favorezcan al proyecto moral de las mayorías. Los derechos diferenciados, según argumenta el liberalismo multicultural, son las herramientas que permiten que las minorías culturales tengan tantas probabilidades de proteger y promover sus tradiciones como las que tiene la cultura mayoritaria.

Ahora bien, los derechos diferenciados defendidos por el liberalismo multicultural son de distinto tipo. Dependen del bien que buscan proteger y de las características de la minoría cultural que va a ser protegida. En primera instancia, están los derechos de autogobierno[31]. Estos derechos permiten que las minorías culturales decidan autónomamente los asuntos políticos y jurídicos de la comunidad. Cuestiones como la creación de una jurisdicción indígena que permita juzgar a los miembros de la colectividad, decidir la manera como se explotan los recursos naturales que existen dentro de los territorios indígenas y precisar los criterios para asignar las tierras colectivas entre los miembros de la comunidad, son posibles únicamente si estas colectividades son titulares de derechos de autogobierno.

En segunda instancia están los derechos de representación política grupal. Estos derechos permiten que las minorías culturales puedan participar en los procesos de toma decisión política en el Estado al que pertenecen. Si estos derechos no existieran, el desequilibrio de poder político y económico que existe entre la cultura mayoritaria y las minoritarias haría muy poco probable, si no imposible, que los representantes de éstas últimas pudieran acceder a los espacios políticos nacionales. Los derechos de representación política grupal justificarían, por ejemplo, la creación de distritos electorales especiales para las minorías culturales o la creación de cupos para este tipo de colectividades en las juntas directivas de las agencias estatales

encargadas de diseñar las políticas que determinan los contornos y características de las relaciones interculturales.

En tercera instancia, están los derechos culturales que permiten la defensa y promoción de las tradiciones culturales. Estos derechos justificarían la creación de programas de etnoeducación, la financiación de centros culturales y festivales que permitan la difusión y reproducción de las tradiciones culturales de las minorías, y la promoción de publicaciones oficiales que muestren las contribuciones que han hecho a la comunidad política los grupos minoritarios.

Ahora bien, como se verá a continuación, estos tres tipos de derechos, y sus justificaciones, usualmente aparecen de la mano del modelo antropológico indigenista que esencializa y homogeneiza las comunidades indígenas.

## El modelo antropológico indigenista

El liberalismo multicultural usualmente se nutre del modelo antropológico indigenista cuando se aproxima a los problemas, necesidades y retos de las comunidades indígenas. Este modelo llena de contenido la identidad indígena a partir de las siguientes categorías: territorio ancestral, territorio rural, naturaleza salvaje, prácticas culturales atávicas ineludiblemente relacionadas con el territorio, economía de subsistencia y pretensión de mantenerse como una comunidad cultural distinta de la comunidad cultural mayoritaria. Este modelo ha sido defendido, generalmente, tanto por las comunidades indígenas mismas como por individuos que pertenecen a la sociedad mayoritaria (políticos, antropólogos, abogados y sociólogos, por ejemplo[32]). Por consiguiente, este modelo permite calificar a las comunidades indígenas como minorías nacionales[33] y, por tanto, justificar que éstas sean titulares de derechos diferenciados como los de autogobierno y de representación política grupal[34].

Los líderes indígenas Seattle y Rojas Birry sintetizan en unas pocas líneas y de manera precisa el modelo antropológico indigenista. Al respecto señala el jefe Seattle, "Nuestra creencia espiritual es que fuimos creados como parte de la tierra – de esta forma, nuestra identidad, nuestros nombres, nuestras canciones están todas unidas a la tierra."[35]. Del mismo modo, el dirigente Embera Rojas Birry afirma: "Sin este derecho (propiedad colectiva) los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat."[36]

Cuando se analizan estas citas, podemos ver que el modelo antropológico indigenista "territorializa", "ecologiza" y esencializa la identidad indígena. Para este modelo, el verdadero indígena es aquel que vive en el territorio ancestral de su comunidad. En tanto que existe una conexión inexorable entre un territorio particular y las prácticas

culturales que identifican a la comunidad como una entidad específica y distinta de las demás, el individuo no puede ser realmente un indígena fuera de las tierras históricas de su colectividad. Conocer y vivir en el territorio es un requisito para conocerse a sí mismo[37]. Aquel que se llama indígena y vive en las ciudades es sólo un indígena en términos formales, no sustanciales. Ser un indígena Arhuaco, por ejemplo, implica tener la posibilidad de tomar parte en ritos religiosos, como los pagamentos, que solo pueden tener lugar en ciertas montañas, ríos o lagunas de la Sierra Nevada de Santa Marta, en la costa Atlántica colombiana. Ser un indígena Kogi, para seguir con los ejemplos, implica estar a cargo de la protección de la madre tierra y del balance del universo. Este objetivo puede ser alcanzado en tanto que la comunidad habita la Sierra Nevada de Santa Marta, que es considerada por los Kogi como el ombligo del mundo. Sólo desde este macizo montañoso es posible mantener el equilibrio de la madre tierra. Ser un indígena Kogi y vivir en la ciudad, por ende, es una imposibilidad fáctica.

De esta manera, el modelo centra la identidad indígena no en el sujeto, ni en la descripción que éste hace de sí mismo, sino en la materialización de un hecho específico, esto es, habitar un territorio ancestral. El modelo no excluye que la descripción que hace el individuo de sí mismo o los lazos de sangre que tenga formen parte de los criterios que permiten identificar a un indígena. Sin embargo, sí defiende como criterio necesario y nuclear para lograr este fin, que se precise el domicilio del sujeto, y que éste coincida con las tierras atávicas de la comunidad a la que la persona dice pertenecer[38]. La identidad indígena, por tanto, no migra con el sujeto. Es una identidad estable e inmovible en tanto que se conecta directa e ineludiblemente con la tierra. Esta interpretación contrasta con las formas de comprender la identidad que se centran en la sangre o el reconocimiento y práctica de las reglas morales de la colectividad. La comunidad judía, por ejemplo, no exige que la persona viva en la tierra prometida para que pueda considerarse miembro de la colectividad. Basta que el individuo manifieste su compromiso con las normas morales que la regulan o que sus ascendientes sean parte de la comunidad para que el individuo sea considerado un miembro de la misma.

El modelo antropológico indigenista también afirma que un verdadero indígena es un individuo "ecológico" [39]. Los indígenas, para este modelo, se distancian de una visión antropocéntrica de la naturaleza donde el ser humano es el eje del universo. Los hombres y mujeres, se argumenta, son parte integral de la creación y tienen una importancia relativa dentro de la misma[40]. Consecuentemente, la naturaleza no está subordinada a los seres humanos. La flora, la fauna y los minerales no son de su propiedad. La relación entre los indígenas y la tierra no es, ni debe ser, de explotación y destrucción[41]. Los indígenas, argumenta el modelo indigenista, tienen una visión holística del mundo. Las partes no pueden separarse del todo y cada parte juega un papel particular e importante en el Uno. De hecho, los indígenas

antes que derechos sobre la naturaleza, como lo defiende la tradición judeocristiana, tienen obligaciones frente a la misma. Los indígenas deben proteger la naturaleza; contribuir a que se mantenga el balance entre todos los elementos que componen el universo[42].

El modelo, en consecuencia, asocia las comunidades indígenas con tierras rurales y salvajes. El indígena es un individuo que está en contacto directo y cotidiano con una naturaleza que todavía no ha sido transformada por la mano del hombre[43]. Si lo ha sido, el deber de la comunidad indígena es hacer lo posible para que vuelva a su estado original. De esta forma, el modelo antropológico indigenista asocia las comunidades indígenas con economías de subsistencia[44]. La explotación de la naturaleza y la acumulación propias de la economía capitalista son, se argumenta, ajenas a los modos de vida de las comunidades indígenas[45]. La economía de mercado lleva usualmente al uso desmedido de los recursos naturales y, por ende, a su desaparición. Los indígenas, señala el modelo indigenista, sólo extraen los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia. Los indígenas son agentes fundamentales para alcanzar la sostenibilidad de todas las especies y materias que habitan la tierra.

Finalmente, el modelo también esencializa la identidad indígena[46]. El ser indígena, presupone esta teoría, ha permanecido invariable a través de los tiempos. Parecería que las transformaciones que ha habido entre las condiciones en las que viven y los elementos que caracterizan a las comunidades indígenas actualmente, y las condiciones y peculiaridades de los indígenas prehispánicos son marginales. El núcleo de lo que significa ser indígena no ha mutado en los últimos 500 años[47]. Esto no quiere decir, por supuesto, que el modelo no describa apropiadamente las condiciones en las que viven algunas comunidades indígenas hoy en día. Ciertamente, algunas de estas colectividades habitan en territorios ancestrales rurales y sus prácticas culturales están estrechamente ligadas con esas tierras.

Sin embargo, el modelo pierde de vista la diversidad interna que hay dentro del mundo indígena[48]. Oscurece el hecho de que algunas de estas comunidades aunque viven en sus territorios ancestrales han perdido sus tradiciones culturales o las han mezclado con tradiciones de la sociedad mayoritaria; no hablan ya el idioma tradicional o solo algunos pocos mayores lo hacen; y han pasado a formar parte, con mayor o menor intensidad, de la economía de mercado[49]. De igual forma, no reconoce que un porcentaje notablemente alto de individuos que se autodescriben como indígenas viven en contextos urbanos, lejos de sus territorios ancestrales, se han integrado a la economía capitalista y tienen contactos tenues con las culturas de sus ancestros. El modelo antropológico indigenista que históricamente aparece junto al liberalismo multicultural para describir y otorgar derechos a las comunidades indígenas, en suma, es incapaz de dar cuenta de una parte importante de los indígenas contemporáneos.

## El liberalismo multicultural, el modelo antropológico indigenista y el derecho

El derecho internacional y los ordenamientos jurídicos de muchas democracias liberales se han visto influenciados por la alianza entre el liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista[50]. Es común encontrar que tanto las reglas como la jurisprudencia internacional y doméstica de un número importante de democracias liberales reconocen que la cultura es un bien que debe ser protegido. Más precisamente, que la cultura de las minorías debe serlo, dado el desbalance de poder que existe entre éstas y la cultura mayoritaria. Para alcanzar este fin, se argumenta en estos sistemas jurídico-políticos, es necesario que las comunidades indígenas sean titulares de un conjunto de derechos diferenciados, en particular, aquellos que son legítimamente otorgados a las minorías nacionales, como el derecho al autogobierno y a una participación política efectiva en los asuntos del Estado central o federal que las afectan directamente.

Así, por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos señala que, "[e]n los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma". La interpretación que hace las Naciones Unidas de esta norma señala, además, que el derecho a la cultura propia implica el reconocimiento de la autonomía que tienen las minorías culturales para determinar quién transita o se asienta en su territorio o para determinar el grado y tipo de contacto que quieren tener con otras culturas[51].

De igual forma, el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes señala en su artículo 4 que, "[d]eberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar [...] las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados"[52]; en su artículo 6 afirma que las comunidades indígenas tienen derecho a la consulta previa[53]; y en su artículo 9 reconoce una forma de jurisdicción indígena en materia penal[54]. Del mismo modo, la sección segunda del Pacto, que lleva por título "Tierras", indica en el artículo 13 que, "[a]l aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera y en particular los aspectos colectivos de esa relación". Finalmente, esta sección del Pacto ordena a los países que forman parte del mismo que reconozcan a las comunidades indígenas el derecho a la propiedad de sus tierras ancestrales[55], así como les ordena proteger el derecho que tienen estas colectividades a explotar los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios[56].

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos igualmente recoge los ejes que estructuran la alianza entre el liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista. En tres sentencias centrales sobre los derechos de las comunidades indígenas, Awas Tingni vs. Nicaragua, Saramaka vs. Surinam y Moiwana vs. Surinam, la Corte enfatiza la relación íntima que existe entre cultura indígena y territorio[57]. En Awas Tingni la Corte señala,

> "Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad, y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras"[58].

En Colombia, el liberalismo multicultural, en alianza con el modelo antropológico indigenista, nutre las normas que regulan las relaciones interculturales en la Constitución de 1991[59]. En particular, el artículo 246, que concede a los pueblos aborígenes el derecho a ejercer facultades jurisdiccionales dentro de su territorio, y el Artículo 330, que reconoce el derecho de los grupos aborígenes a gobernarse a sí mismos según sus usos y costumbres[60]. De igual manera, esta alianza ha justificado la amplia línea jurisprudencial promulgada por la Corte Constitucional colombiana sobre los derechos territoriales y de autogobierno de las comunidades indígenas[61]. Al respecto, por ejemplo, dice la Corte Constitucional en la sentencia T-188/93[62],

> "El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el congreso (ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 de la OIT aparece en cita que se omite), donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino, además, porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas"[63].

Finalmente, la asociación entre el liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista también ha influenciado algunas normas jurídicas relacionadas con las comunidades indígenas estadounidenses[64]. Así, por ejemplo, el *American Indian Religious Freedom Act* obliga al gobierno a proteger las religiones tradicionales de las comunidades indígenas[65]; el *National Historic Preservation Act*[66] permite que el gobierno federal proteja el legado cultural de las comunidades; y el *Native American Graves Protection and Repatriation Act*,[67] determina los medios para precisar quién es dueño de los artefactos culturales que sean descubiertos en territorio de propiedad de las comunidades indígenas o del gobierno federal[68].

Como puede verse, los ordenamientos jurídicos de las democracias liberales que reconocen derechos diferenciados a las comunidades indígenas entroncan de manera precisa con el liberalismo multicultural y el modelo antropológico indigenista. El primero, justifica su reconocimiento, provee las herramientas hermenéuticas para que las comunidades indígenas puedan ser titulares de derechos como los de autogobierno y representación política grupal, y, al mismo tiempo, asegura que el sistema político-jurídico mantenga su coherencia. Los derechos diferenciados, como se ha visto, son interpretados por el liberalismo multicultural de manera que sean consistentes con la autonomía individual y la igualdad.

El segundo, el modelo antropológico indigenista, dota al sistema jurídico de una definición clara y precisa del "otro" material que debe ser titular de los derechos diferenciados. Un concepto estático y estable de las comunidades indígenas permite proteger el carácter general y abstracto de las normas de un sistema jurídico liberal. Los derechos diferenciados de una categoría de individuos, los indígenas, y esta categoría de individuos permanece fija –lo que permite que las normas que les aplican tengan "vocación de eternidad", esto es, puedan ser eficaces por muy largos periodos de tiempo.

Para el derecho resulta fundamental que se garantice la estabilidad del sujeto de derechos. Variar los criterios para identificar los individuos que se reconocen como indígenas implica transformar las definiciones jurídicas existentes o crear excepciones o subcategorías de las mismas. Estos movimientos argumentativos generan retos importantes para la adecuada protección de valores centrales para el derecho liberal, como la igualdad, la eficacia y la seguridad jurídicas. Cuando el sistema jurídico liberal concede derechos diferenciados a las comunidades indígenas, está aceptando que un grupo de la comunidad política es el único titular de un conjunto de derechos. Por tanto, resulta fundamental que la categoría de individuos que pueden exigirlos sea clara, precisa y no admita usos estratégicos por parte de operadores que, aunque no cumplen con los requisitos formales para ser sus titulares, están interesados en acceder a los beneficios que generan. Los riesgos de violar principios centrales del concepto de justicia liberal, como la igualdad y la imparcialidad del Estado, saltan a la vista.

No obstante, los costos que produce la estabilidad del sujeto de derechos diferenciados, que es común en los ordenamientos jurídicos de las democracias liberales contemporáneas, son también altos. Estos derechos son, en principio, inaplicables para las comunidades indígenas urbanas. La mayoría de las normas que regulan las relaciones entre estas minorías culturales y el Estado no podrían, por ende, generar ningún efecto entre buena parte de los individuos que se reconocen como indígenas. Puede ser que este conjunto de derechos ya no sirva para proteger los intereses de las comunidades indígenas. Es posible que algunas de estas comunidades piensen su relación con la cultura tradicional y con la sociedad mayoritaria de una manera distinta a como lo hacen los indígenas adecuadamente descritos por el modelo antropológico indigenista. El problema es, entonces, que aparentemente estos individuos son titulares sólo de los derechos ciudadanos liberales tradicionales (libertad de expresión y conciencia, por ejemplo) para proteger su diferencia. Sin embargo, parecería que los indígenas urbanos tienen reclamos legítimos que exigen un nivel de protección de su diversidad cultural mayor que la que pueden otorgar tales derechos. Los indígenas urbanos parecen estar a medio camino entre las minorías nacionales, que deben ser titulares de derechos de autogobierno y de representación política grupal, y los grupos étnicos, que deben ser titulares de derechos culturales que les permitan manifestar su diferencia dentro de la sociedad mayoritaria.

Ahora bien, resulta fundamental precisar que las categorías minoría nacional, grupo étnico, derechos de autogobierno, derechos políticos y derechos culturales son usadas comúnmente por el liberalismo multicultural como categorías descriptivas que pretenden, generalmente, nombrar las características, intereses y reclamos de las comunidades culturales que esta perspectiva considera como centrales en el mundo contemporáneo y los tipos de derechos culturales disponibles para defenderlos. Sin embargo, también resulta fundamental señalar que la conexión que hace el liberalismo multicultural entre la tipología de las comunidades culturales minoritarias que ofrece y los derechos que cada una de ellas podría reclamar tiene componentes normativos. Esta conexión explicita cuales son los derechos que las distintas minorías culturales, dadas sus características y aspiraciones, podrían exigir legítimamente.

Finalmente, es necesario precisar que en este texto se hace uso de estas categorías para evidenciar los límites descriptivos que tiene el liberalismo multicultural o, como se verá en el próximo apartado, para tender puentes normativos preliminares y tentativos entre los derechos diferenciados y la tipología de indígenas urbanos que se toma en consideración en este artículo. El uso que se hace de tales conceptos en este documento no implica ningún compromiso con otros argumentos normativos que defiende el multiculturalismo liberal, como, por ejemplo, la primacía inmediata e ineludible de los derechos individuales por sobre cualquier otro tipo de derecho o la idea de que los derechos culturales se pueden justificar adecuadamente únicamente cuando se apela a la libertad individual y la igualdad.

## La invisibilidad de los indígenas urbanos: retos teóricos y prácticos

La alianza entre el liberalismo multicultural, el modelo antropológico indigenista y el derecho ha vuelto invisibiles y ha marginado a los indígenas urbanos. Como se ha visto a lo largo de este texto, este marco teórico-práctico, dentro del cual generalmente se entiende la cuestión indígena en las democracias liberales, es incapaz de dar cuenta de aquellos individuos y colectividades que se reconocen como indígenas y viven en contextos urbanos[69]. Ahora bien, la oscuridad en la que han sido mantenidos estos individuos y grupos como consecuencia de la hegemonía política de este conjunto de categorías conceptuales genera, a su vez, tres problemas importantes para la adecuada descripción, comprensión y evaluación de las comunidades indígenas contemporáneas.

En primera instancia, el modelo resulta cuestionable desde el punto de vista descriptivo. Este marco teórico opaca el hecho de que las comunidades indígenas vivieron y viven en ciudades y pueblos que en ocasiones han sido más grandes e importantes que las habitadas por los miembros de la actual sociedad mayoritaria. Forbes sintetiza este argumento de manera sugerente:

> "la mayoría de los autores europeos imaginan a las comunidades indígenas americanas como pueblos que viven en el campo, en selvas, bosques, llanuras/pampas, o en pequeñas aldeas rodeadas de montañas en los Andes. Naturalmente, para ellos se vuelve problemático descubrir que un enorme número de comunidades indígenas residen actualmente en ciudades como Buenos Aires, Lima, La Paz, Quito, Ciudad de Guatemala, Ciudad de México, Toronto, Denver, Chicago, Los Ángeles, San Francisco-Oakland, y otras más. De lo que muchos autores no indígenas no se dan cuenta es que las comunidades indígenas americanas, de hecho, han pasado por periodos de desurbanización y reurbanización en varios momentos de su historia y que la vida urbana ha sido, desde hace mucho y desde tiempos antiguos, un aspecto importante de la vida en América. Bien puede ser que América viviera un proceso de desarrollo urbano mayor que el de cualquier otro continente en el periodo anterior al año 1500 dC, con el surgimiento de las ciudades más elaboradamente planeadas que se pudieran encontrar en cualquier parte del mundo" [70].

De esta forma, el eje teórico conformado por el liberalismo multicultural, el modelo antropológico indigenista y el derecho de buena parte de las democracias liberales resulta cuestionable desde el punto de vista descriptivo. Al concentrarse excesivamente en el carácter rural de muchas de las comunidades indígenas, pierde de vista que un número considerable de estas comunidades construyeron o ayudaron a construir importantes asentamientos urbanos. Ciudades como Teotihuacan y Cuzco, en el pasado, o Denver y Bogotá, actualmente, no caben dentro de la imagen de lo

auténticamente indígena que articula el eje teórico mencionado. Las ciudades indígenas o las urbes con población indígena no aparecen en la narración que este eje hace de la historia de las comunidades indígenas. La continuidad histórica que supuestamente existe entre las comunidades indígenas prehispánicas rurales y las comunidades indígenas presentes no permite que las categorías "urbano" e "indígena" vayan aparejadas en la literatura jurídica, antropológica y filosófica dominante. La estaticidad de la identidad indígena, como se dijo anteriormente, produce réditos notables para el derecho y la filosofía política. El sujeto de derechos indígenas prehispánico, colonial y moderno es el mismo; no tiene diferencias relevantes. En consecuencia, está justificado que éste sea (o hubiera sido) titular de un conjunto de derechos diferenciados. Ahora bien, el precio que se paga por la unidad y la homogeneidad del indígena es muy alto: el desvanecimiento del indígena urbano; la desaparición de buena parte de lo que constituye lo indígena en el mundo contemporáneo.

En segunda instancia, la invisibilidad de los indígenas urbanos desincentiva la realización de investigaciones que permitan comprender y evaluar las características y dinámicas sociales, culturales, económicas y políticas de estos sujetos y sus comunidades. Si los indígenas urbanos no existen, si estas dos categorías se repelen, no tiene sentido que los antropólogos, juristas académicos o filósofos se pregunten por ellas y las evalúen, conecten y desarrollen[71]. Los indígenas urbanos no son un objeto de estudio legítimo. No vale la pena, por tanto, que se inviertan recursos escasos, como tiempo, energía y dinero, en reflexionar sobre estos temas que, según parece, solo existen en la imaginación febril de algunos pocos individuos. Este hecho genera un círculo vicioso difícil de romper: el marco teórico dominante para pensar lo indígena crea una realidad virtual que impide que se investigue sobre la realidad en el terreno. Los "indicios" e "intuiciones" que indican que existe algo que podría llamarse una comunidad indígena urbana no son, por ende, explorados, confirmados y ampliados. Los componentes aparentemente descriptivos del marco teórico dominante son en realidad dispositivos conceptuales normativos que construyen y transforman la manera como interpretamos la realidad –desconociendo la existencia de los indígenas urbanos. Ahora bien, estas categorías conceptuales normativas dominan nuestra imaginación jurídica y política, no sólo por la fortaleza de sus argumentos y justificaciones, sino porque las herramientas descriptivas de las que se nutren oscurecen secciones importantes de la realidad indígena pasada y contemporánea.

En tercera y última instancia, la invisibilidad de los indígenas urbanos no permite precisar cuáles son sus características y dinámicas culturales típicas, sus intereses, la relación que quieren tener con la sociedad mayoritaria y, por tanto, si deberían ser titulares de derechos diferenciados. Sin embargo, la información disponible en los medios masivos de comunicación y en la poca literatura especializada existente permite pensar que la gran mayoría de los indígenas urbanos (pero de ninguna manera todos ellos) pueden ser designados apelando a las

siguientes tres categorías. La utilidad de esta tipología no está en que describa de manera precisa todas las comunidades indígenas urbanas que existen actualmente, sino en que articula tres modelos que recogen las características principales de la mayoría de estas colectividades.

La primera categoría de esta tipología es la que quisiera llamar "indígenas tradicionales urbanos". En este caso estamos frente a comunidades indígenas que habitan sus territorios ancestrales. Sin embargo, las tierras en las que viven estas colectividades no son ya rurales; sus predios fueron absorbidos por las estructuras urbanas de la cultura dominante. Los miembros de estas comunidades indígenas son parte de la economía de mercado, la mayoría no conoce o tiene conocimientos débiles de la lengua tradicional y sus conexiones con la cultura tradicional son, en general, tenues. No obstante, la comunidad está interesada en mantenerse como una colectividad particular que se distingue de la cultura mayoritaria. Para lograr este objetivo, muchas de estas comunidades proponen proyectos de reetnización que tienen como fin precisar y difundir las dinámicas culturales de sus antepasados.

Un caso paradigmático de este tipo de comunidades indígenas urbanas sería el de los Muiscas de Suba[72] (una de las localidades en las que se divide Bogotá). Este conjunto de individuos desciende de la comunidad indígena Muisca, que pertenece a la familia lingüística chibcha, y que ha habitado la sabana Cundiboyacence desde tiempos prehispánicos. Los Muisca de Suba son propietarios colectivos de su tierra y su organización política, el cabildo, está oficialmente reconocida por la alcaldía de Bogotá. Sin embargo, la mayoría de sus miembros no habla el idioma tradicional y no conocen las tradiciones de sus mayores. De igual forma, estas personas están vinculadas a la economía de mercado de la ciudad y su relación con la tierra incluye dinámicas de explotación agropecuaria que son típicas de una sociedad capitalista. A pesar de esto, la comunidad tiene un interés serio por reconectarse con su cultura tradicional, reproducirla en las mentes y corazones de las nuevas generaciones y, por consiguiente, mantenerse como una cultura distinta de la mayoritaria.

El eje liberalismo multicultural–modelo antropológico indigenista–derecho, no tiene la posibilidad ni de describir de manera precisa a los indígenas tradicionales urbanos, ni de indicar y fundamentar los derechos diferenciados de los cuales podrían ser titulares. El hecho de que habiten zonas urbanas, formen parte de la economía capitalista y hayan perdido buena parte de sus tradiciones culturales no permite que estas comunidades sean calificadas legítimamente como minorías nacionales. Sin embargo, el hecho de que habiten un territorio ancestral, tengan algún conocimiento de las tradiciones e idioma de sus antepasados, un pasado común y el deseo de consolidarse como una comunidad cultural distinta de la mayoritaria podría hacerlas acreedoras de algunos derechos diferenciados[73].

La segunda categoría de esta tipología de indígenas urbanos sería la que quisiera llamar "indígenas metropolitanos". Esta categoría está compuesta por aquellas

colectividades que se autodescriben como indígenas pero que habitan en ciudades que no están situadas en sus territorios ancestrales. Estas comunidades, además, emigraron de sus territorios tradicionales huyendo de la violencia, buscando nuevas oportunidades económicas o como consecuencia de políticas de asimilación cultural promovidas por el Estado. De igual forma, la mayoría de sus miembros nació en la ciudad y se ha integrado a la economía de mercado. Finalmente, la generalidad de quienes conforman este tipo de comunidad indígena urbana no habla la lengua tradicional ni conoce profundamente las tradiciones culturales de sus antepasados. Sin embargo, los miembros de estas colectividades tienen un pasado común parcialmente distinto del que tienen aquellos que pertenecen a la cultura mayoritaria, reconocen y valoran sus conexiones con las tradiciones de sus antepasados y quieren mantener un espacio más o menos amplio para manifestar y reproducir su diversidad.

Los indígenas metropolitanos se dividirían a su vez en dos grupos: por un lado, aquellos que podrían legítimamente ser nombrados como un grupo étnico y, por tanto, componen una colectividad que está fundamentalmente integrada en la sociedad mayoritaria pero que quiere mantener espacios para expresar su diferencia; por el otro, aquellos que quisieran conservar, reconstruir o reproducir en la ciudad dimensiones amplias de las tradiciones culturales de sus antepasados, aunque reconocen que son culturalmente diferentes de sus "hermanos" rurales.

Un ejemplo paradigmático del primer tipo de indígena metropolitano sería el de la mayor parte de los indígenas que habitan en Denver. Según una investigación realizada por el *Denver Indian Family Resource Center* en 2007, más del 40% de los indígenas que habitan el área metropolitana de esta ciudad consideran que son descendientes directos de hechos de violencia estatal o política o de asimilación forzada, como la masacre de Wounded Knee, Long Walk o el Trail of Tears[74]. Denver no ocupa sus tierras ancestrales. De igual forma, un número notable de estos indígenas ha vivido por periodos considerables en la ciudad. El 62,1% de estos individuos ha residido en Denver entre 11 y 15 años; el 9,5%, entre 6 y 10 años y el 7,8%, entre 3 y 5 años. Sólo el 15,4% de estos indígenas ha habitado en la ciudad menos de 3 años[75].

Del mismo modo, el 67,3% de los indígenas están afiliados formalmente a una comunidad indígena y solo el 11,5% habla fluidamente el lenguaje tradicional de la comunidad a la que pertenece[76]. Sin embargo, un porcentaje muy alto de los encuestados afirma sentirse orgulloso de ser indígena (promedio de 4,68 en una escala de 5), participar en prácticas culturales (promedio de 3,92 en una escala de 5) y sentirse conectados con otros indígenas en la comunidad (promedio de 3,79 en una escala de 5)[77]. Ahora bien, en Denver, como en muchas otras ciudades de los Estados Unidos, los indígenas se reúnen en organizaciones intertribales que buscan la satisfacción de las necesidades de sus miembros, por ejemplo, instituciones que tratan temas relacionados con la salud, educación y recreación de sus

asociados.[78] Algunas de estas organizaciones también promueven y expresan en la esfera pública el legado cultural de las comunidades indígenas a las que están afiliados sus integrantes.[79]

Finalmente, las comunidades indígenas como la de Denver serían multigeneracionales, multitribales, con un pasado común construido en la ciudad y conectadas de manera diversa, pero generalmente tenue, con las tierras de sus ancestros.[80] En estas comunidades, además, no hay una organización política única que controle y ordene los miembros de la colectividad. Las instituciones que les son útiles se crean a partir de las relaciones sociales panindígenas que se generan en la ciudad, y la pertenencia a la comunidad se determina mediante criterios situacionales y cambiantes, como, por ejemplo, el compromiso con las organizaciones sociales, los rasgos físicos o el porcentaje de sangre indígena que se tenga.

El segundo tipo de indígenas metropolitanos se puede ilustrar de manera paradigmática con los Mapuche que habitan en las ciudades chilenas. Esta es una colectividad urbana que se reconoce como parte de la comunidad indígena Mapuche que habita en varias provincias chilenas pero que acepta que es distinta a la comunidad Mapuche rural. No obstante, también considera que en las áreas metropolitanas reproduce o está en capacidad de recrear parte importante de la cultura tradicional de sus antepasados. Al respecto señala esta colectividad:

> Por algunas décadas el Mapuche en la ciudad debió enfrentar la dificultad generada por la teoría que sostenía que el "newen", la fuerza Mapuche, no se movía del lugar de su origen, o sea la comunidad rural; mucho menos podía generarse en la ciudad, por ello no se podían realizar "nguillatún" en la ciudad porque no había "newen", fuerza, por tanto los Machi se enfermaban. De lo anterior se postulaba que por el hecho de que el Mapuche en la ciudad no desarrollaba su componente espiritual, se llegó a plantear que de alguna manera dejaba de ser Mapuche…[Sin embargo,]el proceso de desarrollo organizacional y creación de identidad en la ciudad demostró que las fuerzas de Futa Chaw-Kuze Ñuke están distribuidas en todas partes y se pueden desarrollar. Esta nueva realidad requiere la determinación de espacios territoriales especiales para el desarrollo de la actividad espiritual, para la realización de "nguillatun" dotado de su rewe y su bandera correspondiente…Hemos desarrollado nuestro propio "newen" su propia fuerza espiritual, naturalmente en relación y retroalimentación con la Lof, las comunidades rurales, al igual que los Lonko antiguos, los Ulmen que viajaban de la zona de Temuco al otro lado de la cordillera, al puel mapu y después regresaban a su admapu; hoy, los Mapuche urbanos viajan a sus tierras ancestrales." [81]

El primer tipo de indígenas metropolitanos, según el liberalismo multicultural, parece que solo debe ser titular de derechos culturales que le permitan expresar y defender su diversidad en el contexto de la sociedad mayoritaria a la que pertenece y se ha integrado. Las diferencias entre esta comunidad indígena y un grupo de inmigrantes voluntarios parecerían sólo de grado y no de categoría. El segundo tipo de indígenas metropolitanos, según el liberalismo multicultural, parece poder reclamar legítimamente derechos restringidos de autogobierno que le permitan decidir algunos asuntos relacionados con la vida privada y pública de sus miembros, así como alguna forma reducida de derechos de representación política grupal[82].

La tercera y última categoría en la tipología de los indígenas urbanos que propongo en este texto es la que quisiera llamar "indígenas urbanos en tránsito". Esta categoría designaría a los indígenas que se asientan por periodos cortos en las ciudades. Estos individuos, como los que estudian en los colegios y universidades, los comerciantes de artesanías o los miembros de organizaciones indígenas que representan los intereses y derechos de comunidades adecuadamente descritas por el modelo antropológico indigenista, son conscientes del carácter temporal de su vida urbana. El fin de su estadía en la ciudad está directamente relacionado con la satisfacción de un objetivo particular. Luego de la materialización de este objetivo está claro que volverán a sus territorios ancestrales. Mientras permanezcan en la ciudad, podría argumentarse desde una posición liberal multicultural, los miembros de estas comunidades tendrían suspendidos sus derechos de autogobierno, pero no sus derechos de representación política grupal. En la ciudad, podrían votar por los candidatos de sus comunidades y podrían ser elegidos para representarlas ante las instituciones del gobierno nacional, estatal o federal. De igual forma, podrían ser titulares de derechos culturales que permitan la defensa y expresión de sus tradiciones culturales.

Esta tipología, sin duda, tiene limitaciones para nombrar la variedad y riqueza de las comunidades indígenas urbanas contemporáneas, así como para precisar los derechos de los que deberían ser titulares. Las colectividades mismas o estudios etnográficos realizados por científicos sociales, por ejemplo, pueden evidenciar que las comunidades que pretenden ser designadas con la tipología que aquí se ofrece poseen características o aspiraciones no descritas por ésta, o no tienen algunas de las que efectivamente se han postulado. Estas precisiones etnográficas, sin duda, podrían generar consecuencias normativas. Podrían, por ejemplo, evidenciar que es necesario articular nuevos tipos de derecho diferenciados; que uno u otro tipo de indígenas urbanos debería poder exigir un conjunto distinto de derechos; o que algunas de estas comunidades no deben ser titulares de derechos diferenciados. Sin embargo, la tipología presentada en este texto parece útil para dar algunos pasos que permitan visibilizar estas colectividades y consolidar y desarrollar las objeciones que muestran los límites del marco teórico dominante para pensar la cuestión indígena –el marco constituido por el liberalismo multicultural, el modelo antropológico

indigenista y el derecho de un número importante de las democracias liberales que reconocen la diversidad cultural como un bien que vale la pena defender.

: ARTIGO APROVADO (08/12/2011) : RECEBIDO EM 02/09/2011

NOTAS

**1** Profesor Asociado de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. Actualmente es Distinguished Leitner Center Visiting Professor, Fordham Law School. Agradezco a Mariana Castrellón por su muy valioso trabajo como asistente de investigación. De igual forma, agradezco a Paul Kahn, Laurel Flethcher, Libardo Ariza, Juan Diego Alvarez y Natalia Ramirez por los muy útiles comentarios que le hicieron a este texto. Versiones preliminares de este artículo fueron presentadas en las facultades de derecho de la Universidad de Palermo y la Universidad de Yale. Agradezco a los asistentes sus comentarios y sugerencias.

**2** Joy Harjo, *The Path to the Milky Way Leads through Los Angeles*, American Indian Culture and Research Journal 22 Nº4 441 '98. Harjo es una reconocida poeta y música. Forma parte de la comunidad indígena Muscogee, en Estados Unidos. Harjo, a pesar de ser oficialmente miembro de la comunidad Muscogee, nunca ha vivido en la reserva en la que habita la colectividad.

**3** Canción de Charlie Hill, comediante Oneida-Mohawk-Cree, citado en Darby Li Po Price, *Laughing Without Reservation: Indian Standup Comedians*, American Indian Culture and Research Journal 22 Nº4 255-71 '98, pág. 3.

**4** Will Kymlicka, 1995, Ciudadanía multicultural, Paidós, Barcelona, 1996, págs. 46 – 55.

**5** Ibid, págs. 25 – 46.

**6** *C.fr.* Diana Bocarejo, *Derechos minoritarios en contextos urbanos: los alcances del multiculturalismo fuera de los territorios étnicos reconocidos*, manuscrito.

**7** *C.fr.* Ibid.

**8** Actualmente, muchos profesores de antropología reconocen los límites que tiene este modelo para describir la realidad de muchas de las comunidades indígenas contemporáneas Aun así, el modelo conforma el imaginario social a través del cual un buen número de personas se aproximan a los temas indígenas, por ejemplo, funcionarios públicos nacionales, miembros de organismos internacionales y organizaciones no gubernamentales, abogados y miembros de comunidades indígenas. Ahora bien, es preciso anotar que el modelo se nutre de la literatura antropológica del siglo XIX y principios del siglo XX en donde estas descripciones de las comunidades indígenas son comunes y que, en ocasiones, describe la realidad de algunas comunidades indígenas actuales. También es importante anotar que el modelo aparece en algunos textos publicados por antropólogos, particularmente, en aquellos donde se combina trabajo etnográfico con diversas formas de activismo político. Ver, Maximilian C. Forte, *Introduction: Indigeneities and Cosmopolitanism*, en Maximilian C. Forte (ed.) Indigenous Cosmopolitans, Peter Lang, Publishing, New York, 2010, pág. 1. Para un análisis de la relación entre antropología y la descripción de las comunidades indígenas ver, Andrew Gray, *Indigenous Peoples and their Territories,* en Adolfo Oliveira (ed), Decolonizing Indigenours Rights, Routledge, 2009.

La manera como se manifiesta y funciona el modelo indigenista es similar a la manera como se manifiesta y existe el formalismo jurídico. Hoy en día no hay ningún teórico del derecho que defienda de manera explícita este concepto de derecho. Sin embargo, la imaginación de muchas comunidades jurídicas en el mundo está estructurada por las categorías que lo componen. De esta manera, en muchas de estas comunidades, ideas como la identificación del derecho con la ley, la neutralidad de los jueces, la interpretación literal de las normas y el carácter completo y unívoco del derecho, son comunes y aceptadas pacíficamente. De igual forma, este concepto de derecho aparece implícito en los tratados que sistematizan las diferentes áreas que componen el derecho. Las categorías que componen el formalismo jurídico determinan la estructura y contenidos de este tipo de productos académicos.

**9** *C.fr.* Ibid.

**10** Los Pueblos Indígenas en Áreas Urbanas y la Migración: Retos y Oportunidades, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, pág. 2, en http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/6_session_factsheet2_es.pdf

**11** Ibid.

**12** Kathrin Wessendorf (ed.) The Indigenous World 2009, International Work Group for Indigenous Affairs, pág. 232, en http://www.iwgia.org/graphics/fotos/books/THE%20INDIGENOUS%20WORLD-2009.pdf

**13** Indigenous Affairs: Indigenous Peoples in Urban Areas, 3-4/02, International Work Group for Indigenous Affairs, pág.6.

**14** Kathrin Wessendorf (ed.) The Indigenous World 2009, International Work Group for Indigenous Affairspág. 184.

**15** Ibid., pág. 218.

**16** The National Urban Indian Family Coalition, Urban Indian America: The Status of American Indian and Alaska Native Children and Families Today, A Report to the Annie E. Casey Foundation, pág., 7 en http://www.nuifc.net/programs/files/NUIFC_PUBLICATION_FINAL.pdf

**17** Banco Mundial – República de Colombia, Programa de Familias en Acción: Marco de Referencia para el Programa en Comunidades Indígenas, pág. 9, en http://www.accionsocial.gov.co/documentos/1362_MPPI-21-02-07.pdf

**18** El seminario *Study Space* se organizó en Bogotá, Denver y Medellín en años pasados. Este texto, reflexiona en torno a uno de los ejes temáticos alrededor del cual gira este evento: la diversidad cultural en las ciudades. En especial, pretende aproximarse a los retos teóricos que genera el fenómeno de los indígenas urbanos – tema que fue central en el análisis jurídico y trabajo de campo desarrollados en estas tres ciudades por los miembros de *Study Space*. Para muchos de los participantes de los seminarios realizados en Bogotá, Denver y Medellín fue claro que varias de las categorías jurídicas y de filosofía política con las que usualmente se reflexiona en torno a la diversidad cultural y los derechos de las comunidades indígenas se quedaban cortas para describir y evaluar el fenómeno de los indígenas que viven en las ciudades contemporáneas. Este artículo también se ve influenciado por las discusiones que tuve con Diana Bocarejo sobre temas relacionados con la diversidad cultural en Bogotá y la Constitución de 1991. También tiene como una de sus influencias el siguiente manuscrito: Diana Bocarejo, *Derechos minoritarios en contextos urbanos: los alcances del multiculturalismo fuera de los territorios étnicos reconocidos*. En este texto, Bocarejo propone como uno de sus objetos de estudio la relación entre indígenas urbanos y liberalismo multicultural.

**19** The National Urban Indian Family Coalition, Urban Indian America: The Status of American Indian and Alaska Native Children and Families Today, A Report to the Annie E. Casey Foundation, pág. 9.

Denver, en particular, y Colorado en general fueron, principalmente, el territorio ancestral de los Arapahoe, Cheyenne y Ute (Kathleen Sullivan, Uniting Mountain and Plain: Cities, Law and Environmental Change along the Front Range, University of New Mexico Press, New Mexico, 2002, págs. 43 – 44). Sin

embargo, como consecuencia, primordialmente, de las políticas de relocalización de las comunidades indígenas del gobierno federal que se implementaron entre 1952 y 1974 y la migración interna en busca de nuevas oportunidades económicas, hoy en día los indígenas que habitan Denver pertenecen a casi 300 comunidades diferentes (Larry W. Burt, *Roots of the native American Experience: Relocation Policy in the 1950s*, American Indian Quarterly, Vol, 10, Nº. 2, Spring, 1986, págs. 85 – 99 y Philip Kenneth, *The Relocation of Indians to Cities, 1952 – 1960*, The Western Historical Quarterly, Vol. 16, Nº. 2, Apr., 1985, pág. 175 – 190; Denver Indian Family Resource Center, Circle of Care: Keeping the Circle Whole, Adult Community Survey Data Results, April 2007, pág. 6, en http://difrc.org/DIFRCCoCadultsurvey-B%20(2).doc). Aproximadamente, una tercera parte de estos indígenas son Lakota, un tercio son Navajo, y el resto pertenecen a un grupo muy variado de comunidades como los Kiowas, Apache, Ute, Arapahoe, Cherokee y Oglala Sioux (Final Summary and Documentation, Denver Indian Family Resource Center, pag 2 en http://www.difrc.org/reports.htm y Circle of Care: Keeping the Circle Whole, ibid, pág. 6). Ahora bien, el tiempo que estas comunidades llevan asentadas en Denver varía notablemente. Algunas de las familias de indígenas que viven en esta ciudad lo han hecho por varias generaciones, otras han llegado recientemente y otras son residentes de corto o mediano plazo.

De igual forma, Denver es una ciudad de importancia política y cultural para las comunidades indígenas de los Estados Unidos. Al respecto reporta el New York Times, "'Denver se ha convertido nuevamente en el lugar en donde se cruzan los caminos, el lugar para encontrarse y comerciar', dijo, entre presentaciones en el mercado indígena anual, Jack Gladstone, un músico Piesnegros de Montana. En el extenso archipiélago del País Indígena, Denver está surgiendo como su capital informal. Denver tiene la más grande concentración de organizaciones nacionales indígenas, alrededor de 15 asociaciones, incluyendo la más importante oficina de abogados sobre temas indígenas y el más notable fondo de becas. Que Denver esté siendo empujado al centro del escenario se debe a la neutralidad de la ciudad en materia de asuntos tribales y a su posición central en cuestión de transporte. Libre de la influencia política de alguna reserva grande, Denver está a siete horas manejando de las únicas reservas de Colorado, las tierras ancestrales de los Ute en la esquina suroccidental del estado. En el mundo político de los indígenas urbanos, Denver es la ciudad más importante, dijo, desde Washington, Kevin Gover, Secretario del Interior Asistente para Asuntos Indígenas. El señor Gover, un Pawnee de Oklahoma, quien recientemente vivió en Nuevo México, anotó, 'Si necesitamos un lugar en donde no se le dé preferencia a un grupo sobre el otro, Denver es zona neutral (...). Un punto intermedio entre las reservas de las planicies del Norte y los Pueblos y reservas del Suroeste, Denver es el centro geográfico del Estados Unidos Indio, el grupo racial que está creciendo más rápidamente.'" en http://www.nytimes.com/1999/02/22/us/indian-country-finds-a-capital-in-denver.html?pagewanted=1 (La traducción es mía).

Denver es uno de los lugares donde radican un número importarte de organizaciones indígenas como el International Institute for Indigenous Resource Management, el Denver Indian Center y el Denver Indian Health & Family Services. El Denver Pow Wow es un evento cultural de gran importancia para los indígenas del Oeste estadounidense, existen algunos museos reconocidos nacionalmente, como el Colorado History Museum y el Denver Art Museum que recogen y promueven el legado cultural de las comunidades indígenas estadounidenses, y Colorado ha sido el único estado que ha elegido un indígena al Senado de los Estados Unidos, Ben Nighthorse Campbell, quien sirvió entre 1993-2005. Ver, respectivamente, http://www.iiirm.org/; http://www.denverindiancenter.org/; http://www.dihfs.org/index.htm; www.coloradohistory.org; www.denveratmuseum.org; http://bioguide.congress.gov/scripts/biodisplay.pl?index=C000077

**20** Banco Mundial – República de Colombia, Programa de Familias en Acción: Marco de Referencia para el Programa en Comunidades Indígenas, pág. 10, en http://www.accionsocial.gov.co/documentos/1362_MPPI-21-02-07.pdf.

Bogotá es también una ciudad de gran importancia para las comunidades indígenas colombianas. En la ciudad habitan indígenas que provienen de comunidades muy diversas como los Guambianos, Kankuamos, Ingas, Pijaos, Uitotos, Embera, Wayuu y Muisca (Hernán Molina, *Nuevos escenarios de vida indígena urbana: el caso de Bogotá*, Revista En la Ciudad, Abril de 2007, pág. 105, en http://www.observatorioetnico.org/descarga/4ep09.pdf ). Las comunidades indígenas que se asentaron en la ciudad lo hicieron fundamentalmente por tres razones: primero, las tierras que hoy ocupa Bogotá son su territorio ancestral – el caso de los Muiscas de Suba y Bosa – ; segundo, llegaron a la capital buscando nuevas oportunidades económicas, como los Kichwa, Inga, Kamentzá, Uitoto y Cofán; y tercero, arribaron desde sus territorios ancestrales desplazados por el conflicto armado colombiano, como los Pijao, Kancuamo y Emberá-Katío.

Ahora bien, la existencia de indígenas en Bogotá no constituye sólo un hecho social; también conforma un hecho político. La alcaldía de Bogotá ha reconocido formalmente la existencia de cinco cabildos, esto es, cinco estructuras de gobierno indígenas en la ciudad: el cabildo Muisca de Bosa, el Muisca de Suba, el Inga, el

Ambika – Pijao y el Kichwa (Ver Ati Quigua, Concejal de Bogotá, Proyecto de Acuerdo por el cual se establecen los lineamientos de la política para los grupos étnicos, indígenas – raizal – rom y afros, asentados y nativos de Bogotá D.C. y se dictan otras disposiciones, pág. 2; Ver también la página oficial del alcalde de Bogotá Samuel Moreno Rojas, en particular, http://www.samuelalcalde.com/index.php?option=com_content&view=article&id=4476%3Alos-indigenas-tambien-estan-integrados-a-la-ciudad-de-derechos&Itemid=82). Dos asuntos relacionados con este tema llaman particularmente la atención. El primero, que el cabildo Kickwa está conformado por indígenas ecuatorianos que provienen de la provincia de Imbabura, que se asentaron en la ciudad desde los años 30 (Nuevos escenarios de vida indígena urbana: el caso de Bogotá, Ibid, pág. 107). El segundo, que la comunidad indígena Muisca, que habita el cerro de Suba, logró que el gobierno nacional reconociera la propiedad colectiva de su territorio ancestral y conformara formalmente un resguardo dentro de Bogotá.

El Distrito Capital también es relevante para las comunidades indígenas colombianas en tanto que es la sede de organizaciones de importancia nacional como la Organización Nacional Indígena de Colombia, el Consejo Regional Indígena del Cauca, las Autoridades Indígenas de Colombia y la Organización de los Pueblos Indígenas del Amazonas colombiano. (Ver respectivamente, www.onic.org.co; www.cric-colombia.org; www.aicocolombia.org; www.opiac.org.co). De igual forma, en Bogotá están domiciliados el 60% de los estudiantes universitarios indígenas y es el lugar donde se organizan dos festivales culturales significativos que celebran el legado cultural indígena: el Intirraymi y el de la Chicha (Pedro Cortes, *Indígenas universitarios en Bogotá*, Revista En la Ciudad, Abril de 2007, pág. 116, http://www.observatorioetnico.org/descarga/4ep09.pdf).

Finalmente, desde el punto de vista de los indígenas en Colombia, en particular de los indígenas urbanos, Bogotá es de relevancia por dos razones: por un lado, sus ciudadanos eligieron a una de las pocas concejales indígenas que existen en el país, Ati Quigua, quien pertenece a la comunidad indígena Arhuaco y llegó a ser vicepresidente de esta corporación de elección popular; por el otro lado, la Alianza Social Indígena, organización política de carácter nacional, otorgó el aval que permitió que Antanas Mockus se postulara y obtuviera la alcaldía de Bogotá – el segundo cargo político en el país luego de la presidencia de la república (Marta Zambrano, *Trazos y borrones en los cambiantes lances de la historia y la memoria social de los indígenas de Bogotá*, Ponencia presentada en el Seminario Internacional sobre Memoria e Historia, Ciudad de Guatemala, 2005, págs. 3 y 4, en http://168.96.200.184:8080/avancso/avancso/pon6).

**21** Will Kymlicka, La Ciudadanía Multicultural, Paidós, Barcelona, 1996. Ver también, Will Kymlicka, *Liberalism and Communitarianism*, *Canadian Journal of Philosophy* 18 (1988): 181-204; y Will Kymlicka, Liberalism, Community and Culture, Oxford, Clarendon, 1989.

**22** La versión paradigmática del liberalismo multicultural es la defendida por Will Kymlicka. La Ciudadanía multicultural, ibid, capítulos 5 y 6. La influencia de su trabajo en la discusión sobre la manera como las minorías culturales deben ser reconocidas y acomodadas por los Estados contemporáneos ha sido enorme. Ver por ejemplo, Sarah Song, *Multiculturalism*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2010 Edition)*, Edward N. Zalta (ed.), en http://plato.stanford.edu/archives/win2010/entries/multiculturalism/> . Al respecto señala Song, "Will Kymlicka ha desarrollado la más influyente teoría sobre el multiculturalismo basada en los valores liberales de autonomía e igualdad". Ver también, Duncan Ivison, Paul Patton y Will Sander, Introduction, en Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples, Duncan Ivison, Paul Patton y Will Sander(eds.), Cambridge University Press, 2000, págs. 7 y 8.

**23** Véanse, J. Raz y A. Margalit (1990), *National Self-Determination*, *Journal of Philosophy 87: 12-34;* Charles Taylor, Multiculturalismo y política del reconocimiento, Fondo de Cultura Económica, 1993 y Will Kymlicka,, Liberalism, Community and Culture, Oxford, Clarendon, 1989.

**24** Kwame Anthony Appiah, The Ethics of Identity, Princeton University Press, Princeton, 2005 pags, 120 -130

**25** Ibid.

**26** "La cultura, se dice, no es un mero instrumento de los bienes individuales. No se puede distinguir de ellos como una condición meramente contingente, algo sin lo cual en principio podrían existir. Esto no tiene sentido. [La cultura] Está esencialmente conectada con lo que hemos identificado como bueno, no solo en un sentido instrumental débil... sino como algo intrínsecamente bueno. Decir que un cierto tipo de heroísmo

como la autoentrega es bueno, o que cierta cualidad de la experiencia estética lo es, implica juzgar como buenas las culturas en el que este tipo de heroísmo y este tipo de experiencia son opciones concebibles. Si vale la pena cultivar tal virtud y esta experiencia, tiene que valer la pena proteger las culturas que las hacen posibles, no como instrumentos contingentes, sino por sí mismas." Charles Taylor, *Irreducibly Social Goods*, en Philosophical Arguments, Charles Taylor, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pág. 137. (La traducción es mía).

**27** Jeremy Waldron, *Theoretical Foundations of Liberalism*, The Philosophical Quarterly, Vol 37, Nº. 147 (Apr., 1987), pág. 147.

**28** Ahora bien, algunos liberales aceptan que el liberalismo político está íntimamente relacionado con el liberalismo ético. La ética liberal fundamenta la política liberal. Este hecho implica que entre la esfera privada y la pública hay estrechos vasos comunicantes. Sin embargo, esta continuidad entre la moral liberal y la justicia liberal no implica que las diferencias entre la órbita de lo público y la órbita de lo privado desaparezcan. El Estado, de todos modos, tiene prohibido cruzar la frontera que existe entre estos dos espacios conceptuales y materiales – aunque estos dos espacios estén constituidos por valores liberales. De lo contrario el individuo no tendría espacio alguno para construir autónomamente su identidad. Ronald Dworkin, Etica privada e igualitarismo político, Paidós, Barcelona, 1993, págs., 49 – 66.

**29** Ronald Dworkin, *Liberalism*, en Ethische und politische Freiheit, Julian Nida-Rümelin,Wilhelm Vossenkuhl (eds.), Walter de Gruyter, New York – Berlín, 1998, págs. 180 -204.

**30** Multiculturalismo y política del reconocimiento, Ibid., págs. 67 - 68 y 85 – 91; Will Kymlicka, Ciudadanía multicultural, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 80.

**31** Ibid., págs. 47 – 52 y J. Raz y A. Margalit (1990), *National Self-Determination*, *Journal of Philosophy 87: 12-34*.

**32** El antropólogo Deward Walker afirma, "A lo largo de la región del Norte de las montañas Rocosas, los líderes religiosos de los indígenas estadounidenses atestiguan que la ubicación geográfica de los rituales es vital. Si los rituales no se practican en los lugares apropiados, éstos tienen poca o ninguna eficacia. En un sentido literal, el ambiente natural se convierte en el altar o iglesia de estas religiones. Se ha documentado que otros indígenas a lo largo del Noroeste, Suroeste, tierras pantanosas del Este, Sub-ártico y regiones del ártico norteamericano tienen concepciones similares. La regla antes que la excepción es que la vida ritual de los indígenas estadounidenses esté ligada inextricablemente con el ambiente natural" Deward Walker Jr. *Protection of American Indian Sacred Geography* en Christopher Vecsey, (ed), Handbook of American Indian Religious Freedom, New York, New York, The Crossroad Publishing Company, 1991, pág. 110. A este respecto también señala Walker, "la geografía sagrada es una característica universal y esencial de la práctica de las religiones de los indígenas estadounidenses." Ibid., pág. 101. Richard Stoffle y Michael Evans señalan en relación con este tema, "Estudios etnográficos previos, incluyendo aquellos que hacen parte de este análisis, indican que los indígenas estadounidenses frecuentemente perciben los recursos culturales como elementos de un todo único. Esta premisa epistemológica se expresa usualmente a través del concepto de la integración de los humanos, la naturaleza y lo sobrenatural (…). Una implicación de esta premisa es que los indígenas se perciben a sí mismos como parte funcional y esencial de los elementos naturales que existen en las tierras que han ocupado tradicionalmente. Ellos perciben que esta relación ha sido causada por lo sobrenatural (…). Las tierras ancestrales, por tanto, son sus tierras sagradas". Richard W Stoffle y Michael J. Evans, Holistic Conservation and Cultural Triage: American Indian Perspectives on Cultural Resources, Human Organization, 1990, 49(2) 91-92 (la traducción de las anteriores citas es mía). Para ver los nexos entre un número amplio de las religiones que profesan las comunidades indígenas en los Estados Unidos y sus territorios, véase, Robert Charles Ward, *The Spirits Will Leave: Preventing the Desecration and Destruction of Native American Sacred Sites on Federal Land, 19 Ecology L.Q. 795, 800-02 (1992).* Véase también, Susan Lobo, *Is Urban a person or a Place? Characteristics of Urban Indian Country*, American Indian Culture and Research Journal, UCLA American Indian Studies Center, Volume 22, Number 4/1998 y Libardo Ariza, Derecho, saber e identidad indígena, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2009. Al respecto señala Ariza, "Por ahora, solo se resalta esta relación esencial, constitutiva e indisoluble entre un territorio y la existencia de una identidad y su respaldo por parte del saber antropológico", Ibid, pág. 252.

**33** Will Kymlicka, *American Multiculturalism and the Nations Within*, en Duncan Ivison, Paul Patton and Will Sander (eds), Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples, Cambridge, UK, Cambridge, 2000, págs. 221 – 227; William E. Connoly, *The Liberal Image of the Nation*, en Ibid; and Audra Simpson, *Paths Toward a Mohawk Nation: Narratives of Citizenship and Nationhood in Kahnawake*, en Ibid.

**34** En relación con este punto señalan varios líderes indígenas colombianos, "Este derecho a la autonomía, que tenemos los pueblos indígenas sobre nuestros territorios y recursos, se debe valorar y respetar, antes de realizar o gestionar cualquier tipo de acción o política que lo afecte. Solamente el conocimiento que respalda esta autonomía proporciona herramientas y elementos necesarios para hacer propuestas que se traduzcan en nuestra conservación como pueblos y en posibilidades de dar un manejo equilibrado a nuestros territorios, garantía no sólo de nuestra supervivencia sino del futuro de la nación." Organización Regional Embera Wounaan (OREWA), *Autonomía Territorial y Jurisdicción Indígena* en Del Olvido Surgimos para Traer Nuevas Esperanzas, Ministerio De Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997. Compilación de ponencias del Primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Indígena y Autonomía territorial, pág. 141. De igual forma, el Gobernador del Cabildo Mayor del Pueblo Kogi y un miembro del pueblo Arhuaco señalan que, "Los indígenas en Colombia tenemos distintas formas de organización y dialectos, distintas normas de la justicia interna y distinta la forma de vestir. A muy pocas comunidades nos ha quedado la autonomía, de pronto unas comunidades lo deben tener más todavía, las costumbres, otras menos y otras más. En estos momentos es necesario buscarles unidad y acuerdo y volver a llegar donde vivían nuestros abuelos o llegar en el mismo territorio, llegar el pensamiento indígena con un dialecto propio, con estilo propio, la educación propia y el esfuerzo que se ha venido es una lucha no de antier sino que hace ratos que nuestros dirigentes y nosotros luchamos para defender nuestra culturas y la autonomía." Arregocés Conchalá Zalabata y Danilo Villafañe Torres, *Autonomía y Cultura en los Kággaba, Iky y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta* en Ibid, pag. 104; De la misma manera, un miembro del Pueblo Indígena Emberá-Catío y de la Organización Indígena Emberá Wounaan (OREWA), señala, "El trabajo sobre la autonomía territorial no es lesivo a ninguna sociedad ni mucho menos al mismo Estado, como tratan de macartizar esta aspiración. Todo el ejercicio de la autonomía territorial para nosotros, los pueblos indígenas del Pacífico y en especial para los Emberá, debe partir de lo cultural, debe partir de las percepciones de cada uno, de esa cosmovisión desde su origen, desde las normas que dejó el creador de los pueblos indígenas que tenga cada pueblo, o sea de lo que se ha hablado en los 82-83 pueblos indígenas existentes en Colombia.". Alberto Achito, *Autonomía Territorial, Jurisdicción Especial Indígena y Conflictos Interétnicos en el Pacífico* en Ibid., pág. 53. Ver también, Arregocés Conchalá Zalabata y Danilo Villafañe Torres, *Autonomía y Cultura en los Kággaba, Iky y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta* en Ibid., pág. 90; Alvaro Morales Tunubalá, *El Pueblo Guambiano y su Justicia Tradicional ante la Jurisdicción Especial Indigena* en Ibid, pág. 85; Leonor Zalabata, *Principios de Autonomía entre el Pueblo Arhuaco*, *Vertiente Valledupar* en Ibid, págs. 67 – 69.

**35** Jefe Seattle, Citado en Don Coyhis, Fall: Meditations with Native American Elders, 1994, pág. 82. A este respecto señalan los líderes indígenas Robinson y Piñacue, respectivamente. "En opinión de mi gente, cada parte de esta tierra es sagrada. Cada ladera, cada valle, cada pradera y arboleda, fueron bendecidos por un evento triste o feliz en días que desaparecieron hace mucho tiempo". (La traducción es mía). Chief Roderick Robinson, Nisga'a, citado en Ibid. pág. 55; y "La autonomía la entendemos como la posibilidad real de preservar nuestra identidad étnica y cultural dentro de un ámbito territorial en el cual se conserva la memoria colectiva, por existir los lazos tendidos entre el *Nasa* y la naturaleza." Jesús Enrique Piñacue, *Aplicación Autonómica de la Justicia en Comunidades Paeces: Una Aproximación* en Del Olvido Surgimos para Traer Nuevas Esperanzas, Ministerio De Justicia y del Derecho, Bogotá, 1997, Compilación de ponencias del Primer Seminario Nacional sobre Jurisdicción Indígena y Autonomía territorial, pág. 48.

**36** Asamblea Nacional Constituyente, Ponencia, Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry, *Gaceta Constitucional* Nº. 67, pág. 18.

**37** Susan Lobo, *Is Urban a Person or a Place? Characteristics of Urban Indian Country*, American Indian Culture and Research Journal 22, Nº. 4, 89 – 102, 1998, págs. 4 - 6

**38** Esta asociación se puede ver claramente en varios de los escritos que aparecen en las memorias del IV Congreso latinoamericano de la Red de Antropología Jurídica. Así, por ejemplo, Iza Rona dos Santos afirma, "Hablo en nombre de mis parientes Macuxi, Wapichana, Ingarikó, Taurepang y Patamona, lo hago para que sean escuchados sus esfuerzos por defender aquello que definimos como la razón primordial de nuestra

existencia: el TERRITORIO, sin el cual la vida en su plenitud no existe (...). En silencio nuestra estrategia principal es no abandonar nuestros territorios ancestrales, hacer eso es abandonar nuestra vida (...). El mundo cosmológico de estos pueblos, la relación con la tierra y la naturaleza proporciona plena conservación del ambiente, un área de rica diversidad biológica e importantes manantiales del agua." Iza Roná dos Santos, *Raposa Sierra del Sol: 30 años de lucha por el respeto a un derecho irrevocable*, en Pueblos en Lucha, Raposa Sierra del Sol - Camisea - Awas Tingni – Sarayaku, Memoria del Foro: Casos emblemáticos de defensa de derechos indígenas IV Congreso latinoamericano de la Red de Antropología Jurídica, Agosto, 2004, Quito Facultad latinoamericana de ciencias sociales, págs.10 y 17; al respecto indica Mario Melo, "¿Es lícito que un Estado, por razones meramente económicas e incluso por la fuerza, en contra de la voluntad explícita del pueblo indígena directamente afectado, promueva la realización de actividades extractivas de recursos naturales dentro del territorio sagrado de dicho pueblo; las que, sin lugar a dudas, provocarán no solo la degradación del entorno natural, sino también serios impactos en el modo de vida de la comunidad, su cultura, sus valores y su espiritualidad, hasta el punto de poner en riesgo sus posibilidades de desarrollo como pueblo? Mario Melo, *El caso Sarayaku y los derechos humanos:¿Por qué Sarayaku constituye un caso emblemático de exigibilidad de derechos a nivel internacional?*, en Ibid, págs. 50 – 51; finalmente, José Serrano indica, "Cuando nos referimos a los derechos de los pueblos indígenas, hablamos de la integralidad de sus derechos; cuando mencionamos su derecho a su territorio, vamos más allá de mencionar lo que representa la tierra y su superficie, nos referimos a su hábitat, a su cultura, a su educación, a su salud, a sus animales (...). A manera de conclusión me permito mencionar ciertos elementos que nos pueden ayudar a comprender el vínculo indivisible entre la tierra, el territorio y los pueblos indígenas (...)."; José Serrano, *Conclusiones de la mesa sobre las experiencias de lucha de los pueblos indígenas*, en Ibid, págs. 23 y 26.

**39** "Todo en la naturaleza tiene un espíritu, y toda 'la creación está interrelacionada' en una comunidad holística que incluye a todos los seres animados – humanos, animales, plantas, seres espirituales y geografía. En tanto que la naturaleza es un ciclo en el que esta comunidad más grande opera, ser propietario de la tierra no tiene sentido. La tierra es simplemente un espacio en donde esta 'red de interrelaciones' entre seres animados acontece, y, 'la tierra es uno de los parientes más cercanos [de los indígenas]'. No se es propietario de la tierra, por tanto, en el sentido de retener una parte de ella por un periodo particular de tiempo. En cambio, las canciones, historias y ceremonias de un pueblo son la base para establecer que existe una relación con un pedazo de tierra particular." Robert Retherford, *A Local Development Agreement on Access to Sacred Lands*, 75 UCOLOR 963, pág. 6, citando a Leroy Little Bear, *Aboriginal Relationships to the Land and Resources*, en Sacred Lands: Aboriginal World Views, Claims, and Conflicts 17, Jill Oakes, et al. (eds.), 1998, págs. 6,18, 19 y 42; Al respecto señala Rebecca Tsosie, la idea de que la naturaleza es una inmensa red, "combinada con la profundamente enraizada ética de la reciprocidad y el balance, [y que] conduce a una perspectiva de estabilidad ecológica de largo plazo o (...) a una preocupación por la 'sostenibilidad'". Rebecca Tsosie, *Tribal Environmental Policy in an Era of Self-Determination: The Role of Ethics, Economics, and Traditional Ecological Knowledge*, 21 Vt. L. Rev. 225, 248 (1996), pág. 285. De igual forma señala Tsosie, "La tierra es un ser vivo, consciente, que tiene que ser tratado con respeto y cuidado". Ibid, pág. 276. Curtis afirma sobre este tema, "Los miembros tradicionales de la tribu creen que algunos elementos del ambiente natural tienen su propia esencia espiritual y que el hombre es una parte integral de este sistema." Sue Ann Curtis, *Cultural Relativism and Risk-Assessment Strategies for Federal Projects, Human Organization*, 1992, 51(1), pag 67; Vine Deloria indica sobre este tema, "Para muchas religiones indígenas toda la creación fue buena," por tanto, "todas las partes [de la creación] funcionan juntas para sostenerla." Vine Deloria, Jr., God is Red (1992), pág. 81. (Las traducciones son mías).

**40** Bradley Reed Howard, Indigenous Peoples and the State, Northern Illinois University Press, 2003, págs. 29-30.

**41** Mario Blaser, *Indigenous Peoples, Civil Society and the Environment*, en Adolfo de Oliveira, Decolonising Indigenous Rights, Routledge, 2009, pág. 193.

**42** Para un excelente análisis del nexo entre el discurso multicultural y el discurso ambientalista ver, Libardo Ariza, Derecho, saber e identidad indígena, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2009, capítulos 4, 5 y 6.

**43** Ibid, págs. 256 y 283.

**44** "Como los europeos antiguos, los indígenas tradicionalmente ven a la naturaleza como una 'fuerza formidable (...), siempre sobrecogedora y poderosamente intimidante'. Sin embargo, los indígenas han visto

su relación con la naturaleza como una de dependencia frente a un creador benéfico, antes que como una de lucha por su dominio. Dada esta relación benéfica, la tarea de las religiones indígenas 'es determinar la relación apropiada que la gente de la tribu tiene que tener con otras cosas vivas', determinar cómo actuar 'armoniosamente con otras creaturas' incluyendo la tierra. Como una parte necesaria de la creación, el paisaje incluye el mundo espiritual". Robert Retherford, *A Local Development Agreement on Access to Sacred Lands*, 75 UCOLOR 963, pág. 3, citando a Donald L. Fixico, *The Struggle for Our Homes*, en Defending Mother Earth 41, Jace Weaver (ed.), 1997, pág. 34 y 88. Véase también, Andrew Gulliford, Sacred Objects and Sacred Places: Preserving Tribal Traditions, University Press of Colorado, 2000, pág. 67.

**45** "Las formas tradicionales de producción y la organización especializada que caracteriza a esta comunidad han permitido que los Ika sobrevivan en un medio ecológico con tendencia a hostilizarse por las graves condiciones de deterioro ambiental que agentes externos a la Sierra han generado (...). Al decir de los Mamos, 'Antes de llegar el hermanito menor había bosque hasta la playa, también había mucho indígena en la Sierra y alrededor. Ellos no talaban para que no hubiera enfermedades y para que el agua se alimentara y los árboles se alimentaran por medio del vapor de las nubes. Los indígenas, los árboles y el agua se respetaban por igual; los árboles respetaban el agua y nosotros a los árboles y el agua a nosotros, todos nos respetábamos por igual (...). Pero hermanito menor dijo que si no tenía finca no era señor; si no tenía ganado no era señor, era salvaje, y así toda la gente empezó a tumbar el bosque, comprar ganadito y finca. Por eso hoy en día es muy difícil recuperar todo. Ahora nos ataca la enfermedad, el hambre; se acaba la quebrada, se seca el río (...). Pero el mismo Serankua dijo que el aparato material podría dañar el corazón de todo mundo-universo. Porque la Sierra es corazón. Otras montañas pueden ser codos y rodillas, pero aquí está el corazón (...). Si se enferma el Corazón todo se enferma (...)."Corte Constitucional, Sentencia SU-510-98 - M.P. Eduardo Cifuentes.

**46** Manuhai Barcham, *(De)Constructing the Politics of Indigeneity*, en Duncan Ivison, Paul Patton and Will Sander, Political Theory and the Rights of Indigenous Peoples, Cambridge, UK, Cambridge, 2000.

**47** Libardo Ariza, Derecho, saber e identidad indígena, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana – Instituto Pensar, 2009, pág. 247.

**48** Craig Proulx, *Aboriginal Hip Hoppers: Representin' Aboriginality in Cosmopolitan Worlds*, en Maximilian C. Forte (ed.) Indigenous Cosmopolitans, Peter Lang, Publishing, New York, 2010, pág. 40.

**49** Un ejemplo que ilustra este argumento es el que presenta Schryer respecto de la comunidad Nahua del Alto Balsas. Ver, Frans J. Schryer, *The Alto Balsas Nahuas: Transnational Indigeneity and Interactions in the World of Arts and Crafts, the Politics of Resistance, and the Global Labor Market*, en Maximilian C. Forte (ed.) Indigenous Cosmopolitans, Peter Lang, Publishing, New York, 2010, págs. 101-102.

**50** Al respecto señala James Anaya, "La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos de la ONU en los casos previamente mencionados reconocen la importancia que tienen las tierras y los recursos para la supervivencia de las culturas indígenas y, por implicación, para la autodeterminación de los indígenas. Esta interpretación constituye un principio ampliamente aceptado por el movimiento internacional contemporáneo que se preocupa por los pueblos indígenas. Deriva de las ideas articuladas por los pueblos indígenas sobre el manejo comunal de la tierra y el profundamente sentido nexo espiritual y emocional que tienen con la tierra y sus frutos. Aún más, los pueblos indígenas típicamente han buscado una base segura de tierra y recursos naturales para asegurar la viabilidad económica y el desarrollo de sus comunidades.". (La traducción es mía). James Anaya, Indigenous Peoples in International Law, New York, Oxford University Press, 2004, págs. 104-105

**51** Francesco Capotorti, Study on the Rights of Persons Belonging to Ethnic, Religious and Linguistic Minorities, págs. 40 – 41, 98 -99, U.N. Doc. E/CN.4/Sub. 2/384/Rev. 1 (1979). Sobre este tema ver igualmente, Jeremy Waldron, *The Cosmopolitan Alternative*, 25 U. Mich. J.L. Reform 1991 – 1992, págs. 757 – 759 (en donde analiza la cultura de las minorías como un derecho humano). Otros documentos de la ONU en la misma línea son los siguientes: United Nations Economic and Social Council, Study of the Problem of Discrimination against Indigenous Populations: Conclusions, Proposals, and Recommendations, Vol. 5, by José R. Martínez Cobo, special rapporteur,E/CN.4/Sub2/1986/7/Add.4, pags, 29, 39- 41; y Report of the Human Rights Committee, U.N. GAOR, 45th Sess., Supp. Nº. 40, U.N. Doc. A/45/40, vol 1, pág. 95.

**52** El artículo 8 del Convenio en su numeral segundo afirma que "dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio".

**53** *Artículo 6:* 1. "Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y, en los casos apropiados, proporcionar los recursos necesarios para este fin."

**54** *Artículo 9:* 1. "En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados concurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros".

**55** *Artículo 14:* 1. "Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados."

**56** *Artículo 15:* 1. "Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades."

**57** La mencionada alianza aparece también en algunos análisis de estas sentencias. Al respecto señala Mike Berraondo, "La propiedad de los territorios se ha convertido en una cuestión de máxima urgencia para garantizar la permanencia de las culturas indígenas, el derecho a utilizar y beneficiarse de las tierras siguiendo las costumbres y tradiciones y para frenar el intrusismo y la degradación que sus territorios sufren debido a la acción de colonos y empresas multinacionales. Y la utilización de sus tierras y recursos naturales según las costumbres tradicionales y culturas es fundamental para el mantenimiento de las culturas de estos pueblos y sus formas de vida" Mikel Berraondo, *Lecciones del caso Awas Tingni tres años después de la sentencia de la Corte Interamericana en Pueblos en Lucha*, Raposa Sierra del Sol - Camisea - Awas Tingni – Sarayaku, Memoria del Foro: Casos emblemáticos de defensa de derechos indígenas IV Congreso Latinoamericano de la Red de Antropología Jurídica, Agosto, 2004, Quito Facultad latinoamericana de ciencias sociales, pág. 3; Mikel Berraondo, *El caso Awas Tingni: la esperanza ambiental indígena*, en Felipe Gomez (ed), El caso Awas Tingni contra Nicaragua: nuevos horizontes para los derechos humanos de los pueblos indígenas, Universidad de Deusto, 2003, pág. 60; y Mikel Berraondo López, *Pluralismo jurídico, medio ambiente y pueblos indígenas. Hacia un nuevo derecho humano al medio ambiente*, en http://www.pucp.edu.pe/ridei/pdfs/081228.pdf, pag 6.

**58** Sentencia de la Corte Interamericana sobre la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua , 31 de agosto de 2001, párrafo 149. En Saramaka señala la Corte, "las decisiones de la Corte al respecto se

han basado en la relación especial que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tiene con su territorio, y en la necesidad de proteger su derecho a ese territorio, a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos". Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, Sentencia del 28 de noviembre de 2007, párrafo 90. En Moiwana la Corte indica, "En este sentido, los miembros de la comunidad, un pueblo tribal N.djuka, poseen una relación omnicomprensiva con sus tierras tradicionales, y su concepto de propiedad en relación con ese territorio no se centra en el individuo, sino en la comunidad como un todo". Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname. Sentencia del 15 de junio de 2005, párrafo 133.

**59** La influencia de estas dos perspectivas se hizo evidente desde las discusiones que se dieron en la Asamblea Nacional Constituyente que redactó la Constitución de 1991. En particular, en las ponencias presentadas por los constituyentes indígenas Franscico Rojas Birry y Lorenzao Muelas. Al respecto señala Birry, "cada grupo étnico ha escrito sobre el tiempo el mensaje de la vida que merece ser vivida (...). Pero este derecho se volvería nulo si no se tiene la posibilidad de seguir viviendo como se quiere vivir, si hay que vivir de acuerdo con los requerimientos de otros que desconocen el significado de la vida, tal como la vive cada grupo étnico (...). Esto justifica el derecho colectivo a la autonomía: el derecho a tener formas propias de organización social, formas propias de gobierno o de justicia, a tener una educación y unas formas de medicina propia, etc." Francisco Rojas Birry, Los derechos de los grupos étnicos, en *Gaceta Constitucional* Nº. 67., pág. 18. Frente a este tema afirma Muelas, "por eso la Constitución Nacional, si quiere garantizar la libertad de ser y de *hacer,* es decir los derechos de cada cual, tiene que tomar en cuenta lo que *somos* y lo que *hacemos* cada cual; y no meternos a todos dentro del mismo saco 'otorgándonos' idénticos derechos, o imponiéndonos iguales obligaciones. Porque la verdad es que durante toda la República, lo único que 'democráticamente' se nos ha ofrecido es el 'derecho' a ser como otros, como no queremos ser." Lorenzo Muelas, Proyecto de Acto Reformatorio de la Constitución Política de Colombia, en *Gaceta Constitucional* Nº. 24., pág. 14.

**60** Los siguientes derechos, que desarrollan o facilitan el autogobierno de las minorías culturales, hacen parte también del grupo de derechos que protegen a las comunidades indígenas: la declaración según la cual los territorios aborígenes están por fuera del comercio (Const.Col. art.63) y el reconocimiento de que las tierras aborígenes tienen el carácter de "entidades territoriales" como los departamentos o los municipios (arts.287, 288, 289). Esta categoría está conformada también por el reconocimiento de la propiedad colectiva de los territorios indígenas (art.329) y por la declaración de acuerdo con la cual la explotación de los recursos naturales dentro de las tierras indígenas debe hacerse sin afectar negativamente la integridad social, económica y cultural de las comunidades (art.330). Esta categoría de derechos incluye asimismo la obligación del Estado de promover la participación de las comunidades indígenas en los procesos de toma de decisiones relacionados con la explotación de los recursos naturales dentro de sus tierras (art.330, parágrafo). Finalmente, incluye la creación de un distrito electoral especial en el Senado para los pueblos indígenas (art.171), la declaración constitucional de que la ley puede crear un distrito electoral especial en la Cámara de Representantes para las minorías culturales (art.176), el derecho de las comunidades que posean sus propias tradiciones lingüísticas a una educación bilingüe (art,.10), el derecho a una educación que respete y desarrolle la identidad cultural de las minorías culturales (art.68), y el reconocimiento de que los idiomas de los grupos indígenas son idiomas oficiales dentro de su territorio (art.10).

**61** Ver Daniel Bonilla, La Constitución Multicultural, Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Instituto Pensar, 2006, capítulos 3 y 4.

**62** Las decisiones expedidas por la Corte Suprema de Justicia en relación con la responsabilidad penal de los indígenas colombianos (Corte Suprema de Justicia cuando aún estaba vigente la Constitución de 1886) también se ven influenciadas por el modelo antropológico indigenista. Ver, Sala de Casación Penal, Sentencia del 23 de julio de 1948 (Gaceta Judicial 2064-2065) y Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 22 de septiembre de 1950. En estas sentencias, la Corte Suprema identifica al indígena con un territorio ancestral rural y salvaje. Esta misma asociación aparece también en la ley 89 de 1890, todavía hoy vigente. Esta ley regula (o regulaba, en tanto que algunos de sus apartes han sido derogados o declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional) aspectos centrales de la relación entre el Estado colombiano y las comunidades indígenas, por ejemplo, la relación indígenas, Estado y misiones católicas. Históricamente, esta ley ha sido fundamental para proteger los territorios indígenas oficialmente reconocidos. Al respecto señala Piedad Tello, "curiosamente el indígena ha encontrado medios legales a su alcance para exigir sus derechos. La principal arma que ha esgrimido en su defensa y la del resguardo ha sido la Ley 89 de 1890. El carácter discriminatorio de la

ley ha sido invertido para exigir su derecho a ser diferente, a desarrollar su cultura dentro de un territorio propio (…). Así, el indio se apropió y cambió el significado del término hasta convertir la lucha por el resguardo en la lucha por su sobrevivencia, pues en su discurrir, los dos términos se funden: no se reconoce indígena sin resguardo ni resguardo sin indígenas como lo demuestra, en su particularidad, la historia de las parcialidades en el Cauca, Huila, Nariño y Tolima". Piedad Tello, Aspectos históricos del resguardo indígena y su defensa a fines del siglo XIX e inicios del XX, Revista de Antropología, Vol II – Nº 1 - 2, 1986, pág. 151. Sobre el nexo histórico e ineludible entre indígenas y territorio ancestral es particularmente ilustrativa la ley 13 de 1903, que extinguió el resguardo de Timbio porque sus habitantes habían dejado de ser verdaderos indígenas. Ibid, pág. 140.

**63** Sentencia T-188/93 - M.P. Eduardo Cifuentes. En esta misma sentencia también señala la Corte, "El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas." Ver también Corte Constitucional, Sentencia T-634 de 1999 – M.P. Alejando Martínez Caballero (sobre economía de subsistencia y "solidarismo" indígena); Corte Constitucional, Sentencia T-342 de 1994 – M.P. Antonio Barrera Carbonell (sobre la estrecha relación entre naturaleza e indígenas); Corte Constitucional, Sentencia SU-039 de 1997 – M.P. Antonio Barrera Carbonell (sobre la estrecha relación entre naturaleza e indígenas); y Corte Constitucional, Sentencia C-058 de 1994 – M.P. Alejandro Martínez Caballero (sobre el servicio militar obligatorio y el argumento que indica que sólo los indígenas que "viven como indígenas" y entre indígenas pueden quedar exentos de cumplir con esta obligación.)

**64** "Many Indians see sacred lands as integral to their very identity, and individual Indians are not the only ones becoming more active about Indian issues: the federal government has also begun to address their concerns. Despite the lack of Supreme Court recognition of off-reservation religious rights, Congress has passed legislation that recognizes the land-based nature of Indian religious traditions and makes a priority of Indian privacy and access to sacred sites". Robert Retherford, *A Local Development Agreement on Access to Sacred Lands,* 75 U. Colo. L. Rev. 963, 981 (2004), pág. 1.

**65** 42 U.S.C. § 1996 (2000)

**66** 16 U.S.C. §§ 470 to 470x-6 (2000)

**67** 25 U.S.C. §§ 3001-3013, 18 U.S.C. § 1170 (2000)

**68** A Local Development Agreement, ibid.

**69** Julie-Ann Tomiak and Donna Patrick, *Transnational Migration and Indigeneity in Canada: A Case Study of Urban Inuit*, en Maximilian C. Forte (ed.) Indigenous Cosmopolitans, Peter Lang, Publishing, New York, 2010.

**70** Jack Forbes, The Urban Tradition Among Native Americans, pág. 1 (traducción del autor). Específicamente en relación con el contexto estadounidense señala David Beck, "American Indians lived in urban communities in the Americas for hundreds of years previous to Columbus's arrival here. The largest ancient urban center in what is now the United States was Cahokia, located a few miles from present-day St. Louis on the Illinois side of the border. And American Indians have lived in or near Euramerican and American cities since the earliest establishment of such places. Early Euramerican frontier towns on occasion held more people of mixed Indian and white blood than whites. Many American cities have had a continuous, though small, American Indian presence throughout their history. But urban Indian populations in the United States remained minute until after World War II". David R. M. Beck, *Developing a Voice: The Evolution of Self-Determination in an Urban Indian Community*, Wicazo Sa Review, Vol. 17, Nº. 2, Sovereignty and Governance, II (Autumn, 2002), pág. 119. Véase también, Jack Forbes, The *Urban Tradition Among Native Americans*, American Indian Culture and Research Journal 22 Nº 4 15 – 41, 1998.

**71** Susan Lobo y Kart Peters, *Introduction, The Urban Tradition Among Native Americans*, American Indian Culture and Research Journal 22 Nº. 4 15 – 41, 1998, pág. 1.

**72** Mercedes López Rodríguez, *Los resguardos muiscas y raizales de la sabana de Bogotá: espacios sociales de construcción de la memoria*, en Ana María Gómez Londoño (ed.), Muiscas: representaciones, cartografías y etnopolíticas de la memoria, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.

**73** Esto no quiere decir que todos los intereses de los indígenas tradicionales urbanos deban merecer un reconocimiento jurídico. Únicamente quiere decir que la alianza entre el liberalismo multicultural y el modelo indigenista oscurece su existencia. Por tanto, no permite describir precisamente a estas comunidades ni examinar cuáles de sus reclamos deben ser recogidos por el derecho.

**74** Denver Indian Family Resource Center, Circle of Care: Keeping the Circle Whole, Adult Community Survey Data Results, April 2007, pág. 9, en http://difrc.org/DIFRCCoCadultsurvey-B%20(2).doc)

**75** Ibid, pág. 4

**76** Ibid, pág. 9

**77** Ibid, pág. 11

**78** "Thus city organizations are ideally intertribal, whether general or for special skills and interests like dancing, photography, basketball, and the arts; for youth, educational, and recreational activities; or for problems like alcoholism; or welfare programs". Sol Tax, *The Impact of Urbanization on American Indians*, Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 436, American Indians Today (Mar., 1978), págs. 126 y 127.

**79** "Self-determination" is in the narrow sense a term with legal implications in which the federal government recognizes the authority of tribes to govern themselves under the political and judicial definitions of limited sovereignty. In a larger sense, self-determination means the ability of a people to determine the direction of their own society and community in political, economic, social, and spiritual arenas. In this article, in relation to an urban Indian community, it means that com-munity's ability to define itself and its needs and its ability to advocate for itself in the larger society under its own terms. It implies the development of a voice through which all of these things can be done. Indians in cities lack the legal protections available to tribes and so have had to develop their own means of self-advocacy. Often urban Indian leaders have done this through the organizations they developed to address specific community concerns. Through these organizations, Indians have created dynamic urban communities in which the focus of leadership is generally advocacy on behalf of those community members in need. The history of such organizations dates back to the early decades of the twentieth century, predating the relocation era of the 1950s to 1970s. In the latter half of the century, their numbers and activities increased dramatically. David R. M. Beck, *Developing a Voice: The Evolution of Self-Determination in an Urban Indian Community*, Wicazo Sa Review, Vol. 17, Nº. 2, Sovereignty and Governance, II (Autumn, 2002), pp. 117 – 118

**80** Is Urban a person or a Place? Characteristics of Urban Indian Country, ibid., pags 3 y 4 (refiriéndose a las organizaciones indígenas de la Bahía de San Francisco, en particular, pero reconociendo que son características típicas de las organizaciones indígenas en los Estados Unidos).

**81** Informe de la Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato, 2003 , Volumen III Tomo I, Informes finales de los grupos de trabajo Grupo de Trabajo de Indígenas Urbanos, Indígenas en la ciudad: Sueños y Realidades para un Nuevo Trato, pág. http://biblioteca.serindigena.org/libros_digitales/cvhynt/v_iii/t_i/pueblos/v3_t1_informe_indigenas_urbanos-2_.html. En este mismo texto agregan los indígenas Mapuche, "Los indígenas urbanos somos parte integrante de los pueblos indígenas de Chile, poseedores de la identidad propia de cada pueblo con todos los elementos culturales que la definen y que por distintas razones históricas nos encontramos ocupando estos territorios (macro región central) que es territorio Pikunche". "Debido a la interacción en los ámbitos de la cultura, la economía, la política desarrollada en la ciudad, hemos ido creando ciertas particularidades que nos diferencian de nuestros hermanos de las comunidades originarias, sin embargo mantenemos la cosmovisión ancestral como fundamento esencial de vida".Sin duda, como individuos no estamos cultural ni ideológicamente tan puros, porque de una u otra forma estamos influenciados por las ideologías, las formas de pensar, las formas de vida dominantes existentes en la sociedad moderna. Considerando que la cultura es dinámica, que se va nutriendo y transformando por la acción humana, es indudable que nosotros estamos dando origen a nuevas expresiones culturales, aún no definidas del todo, conservando sus elementos ancestrales tales como: cosmovisión, idioma, espiritualidad e incorporando los elementos que la rodean". "Los indígenas urbanos tenemos respecto de los indígenas que viven en comunidades rurales, una forma de vida distinta, que incide en la forma de ver los

fenómenos sociales, económicos, políticos y culturales porque estamos recibiendo con mayor intensidad los elementos de la gran ciudad. Sin embargo, esto no implica que la cosmovisión, la filosofía, la identidad, la cultura de nuestros pueblos se estén perdiendo; al contrario, ellas se mantienen puras y fuertes en sus entornos, aún más, son nuestras fuentes de inspiración y fortaleza espiritual. Por ello, nuestra lucha debe considerar la mantención y potenciación de los elementos culturales esenciales de nuestros respectivos pueblos que los hacen originales, potentes y perdurables en el tiempo. Los indígenas urbanos somos individuos esencialmente biculturales, multiculturales porque hemos desarrollado esencialmente dos formas de pensar y actuar que nos permite llevar una vida más soportable en la ciudad; la cabeza indígena en la ciudad –como decía un Kimche – debe desarrollar dos partes: una parte indígena para mantener la sabiduría, la fuerza ancestral y la comunicación con su gente; la otra parte para saber entender el pensamiento moderno (winka) y, de esta manera, actuar en la ciudad que permita desarrollar la vida en condiciones diferentes a la de su origen."

**82** No argumento que los sistemas jurídicos de los Estados en donde habitan los indígenas metropolitanos deban reconocer necesariamente derechos diferenciados a estas comunidades. Argumento que su realidad debe ser examinada una vez se hagan explícitos los límites de las categorías conceptuales con las que usualmente se describen a las comunidades indígenas. Los derechos diferenciados, si alguno, que deban ser reconocidos a estas comunidades deben ser una consecuencia de un análisis juicioso de sus intereses y características. Del mismo modo debe tenerse en cuenta en este análisis las relaciones entre las comunidades indígenas metropolitanas particulares y el Estado al que pertenecen.

*Daniel Bonilla Maldonado*

Distinguished Leitner Center Visiting Professor
Leitner Center for International Law and Justice
Fordham University School of Law

33 West 60th Street (2nd Floor)
New York, NY 10023 USA

dbonilla@law.fordham.edu

# TRADUÇÕES

TRADUÇÃO AUTORIZADA. PUBLICADO ORIGINALMENTE EM *THE NEW YORK REVIEW OF BOOKS*, 10 FEV. 2011. DISPONÍVEL EM: WWW.NYBOOKS.COM/ARTICLES/ARCHIVES/2011/FEB/10/WHAT-GOOD-LIFE/).

# O QUE É UMA VIDA BOA?

*Ronald Dworkin*

*WHAT IS A GOOD LIFE?*

TRADUÇÃO *Emilio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Freire*

**RESUMO**

A PARTIR DE SEU NOVO LIVRO, *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*[1], RONALD DWORKIN ESTABELECE UMA DIFERENTE RELAÇÃO ENTRE MORAL E ÉTICA, BEM COMO FUNDAMENTA A NECESSIDADE DE CUMPRIR TAIS NORMAS POR MEIO DA DIFERENÇA ENTRE VIDA BOA E VIVER BEM.

**PALAVRAS-CHAVE**

FILOSOFIA POLÍTICA; MORAL; ÉTICA[2].

***ABSTRACT***

*ACCORDING TO HIS NEW BOOK,* JUSTICE FOR HEDGEHOGS, *RONALD DWORKIN ESTABLISHES A DIFFERENT RELATION BETWEEN MORALITY AND ETHICS FOUNDING THE NEED TO OBEY THESE NORMS THROUGH THE DISTINCTION BETWEEN GOOD LIFE AND LIVING WELL.*

***KEYWORDS***

*POLITICAL PHILOSOPHY; MORALITY; ETHICS.*

## MORALIDADE E FELICIDADE

Platão e Aristóteles tratavam da moralidade como um gênero da interpretação. Eles tentaram mostrar o verdadeiro caráter de cada uma das principais virtudes morais e políticas (tais como honra, responsabilidade cívica e justiça), primeiro relacionando umas às outras e, em seguida, aos amplos ideais éticos que seus tradutores resumem como "felicidade" pessoal. Aqui, uso os termos "ético" e "moral" de um modo que pode parecer especial. Padrões morais prescrevem como nós devemos considerar os outros; padrões éticos, como nós mesmos devemos viver. A felicidade que Platão e Aristóteles invocaram deveria ser alcançada vivendo-se eticamente, e isto significava viver de acordo com princípios morais independentes.

Podemos usar – muitos usam – tanto "ético" como "moral" ou ambos em um sentido mais amplo que apaga essa distinção, de um modo que a moralidade inclui o que chamo de ética e vice-versa. Mas teríamos então de reconhecer a distinção que estabeleço, a fim de perguntar se nosso desejo ético de viver vidas boas por nós

mesmos provê uma razão moral justificável para nossa preocupação com o que devemos aos outros. Qualquer uma dessas diferentes formas de expressão nos permitiria perseguir a interessante ideia de que os princípios morais deveriam ser interpretados de modo que sermos morais nos tornasse felizes no sentido mencionado por Platão e Aristóteles.

Em meu livro *Justice for Hedgehogs* – a partir do qual este ensaio é adaptado – tento seguir aquele projeto interpretativo. Visamos encontrar algum padrão ético – alguma concepção sobre o que seja viver bem – que irá nos guiar em nossa interpretação de conceitos morais. Mas há um aparente obstáculo. Essa estratégia parece supor que deveríamos compreender nossas responsabilidades morais de um modo que seja o melhor para nós, mas aquele objetivo parece contrário ao espírito da moralidade, porque a moralidade não deveria depender de qualquer benefício que ser moral possa trazer. Podemos tentar refutar essa objeção por meio de uma distinção filosófica familiar: podemos distinguir entre o conteúdo de princípios morais, que devem ser categóricos, e a justificação desses princípios, que pode recorrer aos interesses em longo prazo de pessoas compelidas por esses princípios.

Podemos argumentar, por exemplo, que os interesses em longo prazo de todos inclui aceitar um princípio que proíbe mentir mesmo em circunstâncias nas quais mentir seria o interesse imediato de um mentiroso. Todos tiram proveito quando pessoas aceitam um sacrifício desse tipo ao invés de cada pessoa mentir quando isso está em seu imediato interesse. Contudo, essa manobra parece insatisfatória, porque não acreditamos que nossas razões para ser morais dependem mesmo de nossos interesses em longo prazo. Somos, boa parte de nós, atraídos para a perspectiva mais austera de que a justificação e a definição do princípio moral deveriam ser ambas independentes de nossos interesses, mesmo em longo prazo. A virtude deveria ser sua própria recompensa; não precisamos aceitar nenhum outro benefício ao cumprir nosso dever.

Mas essa perspectiva austera estabeleceria um limite severo a quão longe poderíamos forçar uma consideração interpretativa da moralidade: permitiria o primeiro estágio que distingui nos argumentos de Platão e Aristóteles, mas não o segundo. Poderíamos procurar integração da ética e da moral no interior de nossas convicções manifestamente morais. Poderíamos catalogar os deveres morais concretos, responsabilidades e virtudes que reconhecemos, e então tentar trazer essas convicções para dentro de uma ordem interpretativa – dentro de uma rede de ideias que se reforça mutuamente definindo nossas responsabilidades morais. Talvez pudéssemos encontrar princípios morais muito gerais, como o princípio utilitário, que justificam e, por sua vez, são justificados por requisitos concretos e ideais. Ou pudéssemos ir em outra direção: delimitando princípios morais muito gerais que achamos atraentes e, então, vendo se podemos combinar estes com as convicções concretas – e ações – que achamos poder aprovar. Mas não poderíamos estabelecer a construção interpretativa inteira

dentro de nenhuma rede de valores mais ampla; não poderíamos justificar ou testar nossas convicções morais perguntando como estas servem a diferentes propósitos ou ambições que pessoas, incluindo nós mesmos, podem ou deveriam ter.

Isso seria desapontador, porque precisamos encontrar autenticidade assim como integridade em nossa moralidade, e autenticidade requer que rompamos como nossas considerações manifestamente morais, para perguntar qual forma de integridade moral melhor se adéqua à decisão ética sobre como queremos conceber nossa personalidade e nossa vida. A perspectiva austera bloqueia essa questão. É claro que é improvável que alcancemos a total integração de nossos valores morais, políticos e éticos, que pareça autêntica e correta. É por isso que viver responsavelmente é um projeto contínuo e nunca uma tarefa completa. Mas quanto maior for a rede de ideias que podemos explorar, mais adiante poderemos impulsionar esse projeto.

A perspectiva austera de que a virtude deveria ser sua própria recompensa é desapontadora em outro sentido. Filósofos perguntam por que as pessoas deveriam ser morais. Se aceitamos a perspectiva austera, então só poderemos responder "porque a moralidade requer isso". Essa não é uma resposta obviamente ilegítima. A rede de justificação é sempre final em seus limites, circular, e não é viciosamente circular dizer apenas que a moralidade provê sua própria justificação, que devemos ser morais simplesmente porque é isso que a moralidade requer. Todavia, é triste ser forçado a dizer isso. Filósofos têm insistido na pergunta "Por que ser moral". Porque parece estranho pensar que a moralidade, que é sempre onerosa, tem a força que tem em nossas vidas apenas porque está *lá*, como uma árdua e desagradável montanha que devemos constantemente escalar, mas a qual desejaríamos que não estivesse lá ou que se esfarelasse. Queremos pensar que a moralidade se liga aos propósitos humanos e ambições de um modo menos negativo, que não seja totalmente constrangedora, sem nenhum valor positivo.

Portanto, proponho uma compreensão diferente do pensamento irresistível de que a moralidade é categórica. Não podemos justificar um princípio moral apenas mostrando que seguir aquele princípio promoveria os desejos de alguém ou de todos tanto em curto como em longo prazo. O *fato* de o desejo – mesmo o desejo esclarecido, mesmo um desejo universal supostamente incorporado à natureza humana –, não poder justificar um dever moral. Assim compreendido, nosso sentido de que a moralidade não precisa servir nossos interesses é apenas outra aplicação do princípio de Hume de que nenhum significado da descoberta empírica sobre a condição do mundo pode estabelecer conclusões acerca da obrigação moral. Minha compreensão de proposta para combinar ética e moral não descarta amarrá-las juntas do modo como fizeram Platão e Aristóteles, e do modo como nossos próprios projetos propõem, porque aquele projeto leva a ética a ser não uma questão sobre o fato psicológico acerca do quê pessoas gostam ou mesmo sobre o que inevitavelmente desejam ou tornam de seu próprio interesse, mas é ele próprio uma questão de ideal.

Precisamos, então, de uma confirmação do que *deveríamos* considerar ser nossos objetivos pessoais, a qual se adéque e justifique nosso sentido de quais obrigações, deveres e responsabilidades temos para com outros. Procuramos uma concepção sobre viver bem que possa guiar nossa interpretação dos conceitos morais. Mas queremos como parte do mesmo projeto uma concepção da moralidade que possa guiar nossa interpretação sobre viver bem.

É verdade que pessoas confrontadas com o sofrimento de outras pessoas normalmente não perguntam se ajudá-las criará uma vida mais ideal para essas últimas. Aquelas podem ser movidas pelo sofrimento em si ou por uma noção de dever. Filósofos debatem se isso faz uma diferença. Deveriam as pessoas ajudar uma criança porque a criança precisa de ajuda ou porque é seu dever ajudar? Na verdade, ambos os motivos poderiam estar em jogo junto a uma série de outros, os quais uma sofisticada análise psicológica poderia revelar, e talvez fosse difícil ou impossível dizer qual prevalece em determinada ocasião.

A resposta, creio, não depende de nada importante: fazer o que você considera ser seu dever porque é seu dever dificilmente é vergonhoso. Também não é um autodesvelo condenável se preocupar com o impacto de comportar-se mal no caráter da vida de alguém; não é narcisístico pensar, como sempre dizem, "Eu não viveria comigo mesmo se fizesse aquilo". Essas questões de psicologia e caráter não são relevantes para a questão que estou colocando aqui. Nossa questão é aquela, diferente, que indaga se, quando tentamos estabelecer, criticar e fundamentar nossas próprias responsabilidades morais, podemos assumir sensivelmente que nossas ideias sobre o que a moralidade requer e sobre as melhores ambições humanas para nós mesmos deveriam reforçar umas às outras.

Hobbes e Hume podem ser lidos como reivindicando, não apenas de uma base psicológica, mas também ética, para princípios morais familiares. A ética putativa de Hobbes – que o interesse próprio e, assim, a sobrevivência são os melhores bens –, é insatisfatória. Pelo menos para boa parte de nós, alcançar a sobrevivência por meio de uma moralidade de interesse próprio não é condição suficiente para viver bem. As sensibilidades de Hume, traduzidas em ética, são muito mais agradáveis, mas a experiência nos ensina que mesmo as pessoas que são sensíveis às necessidades de outros não podem resolver questões morais ou éticas – como a teoria de Hume pode sugerir –, simplesmente perguntando a si mesmas o que estão naturalmente inclinadas a sentir ou fazer. Também não ajuda muito expandir a ética de Hume em um princípio geral utilitário. Para muitos filósofos, a ideia de que cada um de nós deveria tratar de seus próprios interesses como se não fossem mais importantes do que os dos outros tem se revelado uma base atraente da moralidade. Mas, como devo em breve defender, isso dificilmente servirá como estratégia para alguém viver bem.

A religião pode prover uma ética justificada para pessoas que são religiosas no sentido correto; temos vários exemplos nas familiares interpretações moralizantes

dos textos sagrados. Tais pessoas compreendem que viver bem significa respeitar e agradar um deus, e elas podem interpretar suas responsabilidades morais perguntando qual dessas responsabilidades mais respeitaria ou mais agradaria aquele deus. Mas essa estrutura de pensamento pode ser útil, como um guia para integrar ética e moralidade, apenas para pessoas que consideram o texto sagrado como um livro de regras morais explícitas e detalhadas. Pessoas que pensam que apenas seu deus determinou amor e caridade pelos outros, como acredito que muitas pessoas religiosas fazem, não podem encontrar, apenas naquela determinação, quaisquer respostas específicas para o que a moralidade requer. Em qualquer caso, não devo depender da ideia de qualquer livro divino como instruções morais detalhadas aqui.

## Vida boa e viver bem

Se rejeitarmos as perspectivas hobbesiana e humeana da ética e não formos tentados pelas religiosas, e ainda assim nos propusermos a unir moralidade e ética, devemos encontrar outra explicação sobre o que significa viver bem. Como disse, não pode significar simplesmente tudo o que alguém de fato quer: ter uma vida boa é uma questão de nossos interesses vistos criticamente – os interesses que deveríamos ter. É uma questão de julgamento e conflito determinar o que seja uma vida boa. Mas é plausível supor que ser moral é o melhor modo de fazer a vida de alguém uma vida boa? Isso é amplamente implausível se mantivermos as concepções populares do que a moralidade requer e do que torna uma vida boa. A moralidade pode requerer que alguém deixe passar um emprego em publicidade de cigarros que o salvaria da pobreza. Na visão da maioria das pessoas ele levaria uma vida melhor se ficasse com o emprego e prosperasse.

É claro que uma explicação interpretativa não seria limitada por tais compreensões convencionais. Podemos ser aptos para construir uma concepção de vida boa tal, que um ato imoral ou fundamental sempre ou quase sempre tornasse a vida de um agente finalmente uma vida pior a levar. Mas receio que uma tentativa desse tipo fracassaria. Qualquer concepção atraente de nossas responsabilidades morais demandaria grandes sacrifícios – pode requerer que arrisquemos ou sacrifiquemos nossa vida. É difícil acreditar que alguém que tenha sofrido infortúnios terríveis tenha tido uma vida melhor do que teria se tivesse agido imoralmente e prosperado, criativa, emocional e materialmente, em uma vida longa e pacífica.

Podemos, no entanto, buscar outra ideia e, eu diria, mais promissora. Isto requer uma distinção dentro da ética que é familiar para a moral: a distinção entre dever e consequência, entre o correto e o bom. Deveríamos distinguir entre viver bem e ter uma vida boa. Esses dois diferentes empreendimentos estão conectados e distintos: viver bem significa lutar para criar uma vida boa, mas apenas sujeito a certos limites essenciais à dignidade humana. Esses dois conceitos, viver bem e ter uma vida boa,

são interpretativos. Nossa responsabilidade ética inclui tentar encontrar concepções apropriadas para ambos.

Esses ideais éticos fundamentais precisam um do outro. Não podemos explicar a importância de uma vida boa a não ser percebendo como criar uma vida boa contribui para viver bem. Somos animais autoconscientes que têm motivos, instintos, gostos e preferências. Não há nenhum mistério sobre por que deveríamos querer satisfazer tais motivos e servir tais gostos. Mas pode parecer misterioso porque deveríamos querer uma vida que seja boa em um sentido mais crítico: uma vida da qual podemos ter orgulho de ter vivido, quando motivos são satisfeitos ou não. Podemos explicar essa ambição apenas quando reconhecemos que temos uma responsabilidade de viver bem e acreditamos que viver bem significa criar uma vida que não seja simplesmente prazerosa, mas boa no sentido crítico.

Você pode perguntar: "Responsabilidade em relação a quem?". É ilusório responder: responsabilidade para com nós mesmos. Pessoas para quem as responsabilidades são devidas podem normalmente desobrigar aqueles que são responsáveis, mas não podemos nos desobrigar de nossa responsabilidade de viver bem. Devemos, ao contrário, reconhecer uma ideia que acredito quase todos nós aceitamos no modo como vivemos, mas a qual raramente é explicitamente formulada ou reconhecida. Somos responsabilizados a viver bem pela realidade nua de nossa existência como criaturas autoconscientes com uma vida a levar. Somos responsabilizados no modo como somos responsabilizados pelo valor de qualquer coisa confiada ao nosso cuidado. É *importante* que vivamos bem; não importante apenas para nós ou para qualquer pessoa, é apenas importante.

Temos a responsabilidade de viver bem e a importância de viver bem explica o valor de ter uma vida criticamente boa. Estes são, sem dúvida, julgamentos éticos controversos. Também faço julgamentos éticos controversos em qualquer perspectiva que assuma sobre quais vidas são boas ou bem vividas. Na minha própria perspectiva, alguém que leva uma vida chata, convencional, sem amizades próximas, desafios ou realizações, marcando o tempo para a sepultura, não tem uma vida boa, mesmo que pense que tem e ache que tem aproveitado completamente a vida que leva. Se você concorda, não podemos explicar por que ele deveria lamentar-se chamando a atenção para os prazeres perdidos: podem não ter havido prazeres perdidos e, de qualquer forma, não há nada a perder agora. Devemos supor que ele *falhou* em algo: falhou em suas responsabilidades para viver.

Que valor pode ter viver bem? A analogia entre arte e vida tem sido traçada e, como sempre, ridicularizada. Deveríamos viver nossas vidas, os românticos dizem, como uma obra de arte[3]. Desconfiamos da analogia agora porque ela soa por demais wildeana, como se as qualidades que valorizamos em uma pintura – sensibilidade acurada, organização formal, complexa, ou uma interpretação sutil da própria história da arte – fossem os valores que deveríamos procurar na vida: os valores da

estética. Estes podem ser valores pobres para procurar no modo como vivemos. Mas condenar a analogia por esta razão erra a questão que se encontra na relação entre o valor do que é criado e o valor dos atos de criar algo.

Valorizamos a boa arte não porque a arte como produto melhora nossas vidas, mas porque ela incorpora uma *performance*, uma ascensão para o desafio artístico. Valorizamos vidas humanas bem vividas não pela narrativa completada, como a ficção faria, mas porque elas também incorporam uma *performance*: uma ascensão para o desafio de ter uma vida a levar. O valor final de nossas vidas é de um advérbio não de um adjetivo – uma questão de como nós realmente vivemos e não de uma etiqueta colada ao resultado final. É o valor da *performance,* não de qualquer outra coisa deixada quando a *performance* é subtraída. É o valor de uma dança ou mergulho brilhante, quando as memórias se desvaneceram e as ondulações desapareceram.

Precisamos de outra distinção. O "valor de produto" de alguma coisa é o valor que ela tem apenas como um objeto, independentemente do processo pelo qual foi criada ou outra característica de sua história. Uma pintura pode ter um valor de produto e este pode ser subjetivo ou objetivo. Suas combinações formais podem ser bonitas, o que confere seu valor objetivo, e pode dar prazer aos espectadores e ser premiado por colecionadores, propriedades que conferemão seu valor subjetivo. Uma réplica perfeita de uma pintura tem a mesma beleza. Se ela tem o mesmo valor subjetivo depende de se saber que é uma réplica: tem o mesmo alto valor subjetivo que o original para aqueles que pensam que é o original. O original tem um valor objetivo que a réplica não pode ter, contudo, tem o valor de ter sido elaborado por meio de um ato criativo que tem valor de *performance*. Foi criado por um artista que pretendia criar arte. O objeto – a obra de arte – é maravilhoso porque é o resultado final de uma *performance* maravilhosa; e não seria tão maravilhoso se fosse uma réplica fabricada ou se fosse criada por algum acidente bizarro.

Já se riu da arte abstrata achando que ela poderia ter sido pintada por um chimpanzé, e houve quem especulasse se um dentre bilhões de macacos digitando aleatoriamente poderia produzir *Rei Lear*. Se um chimpanzé por acidente pintou *Blue Poles* ou digitou as palavras de *Rei Lear* na sequência correta, esses produtos, sem dúvida, não teriam nenhum valor subjetivo grande. Muitas pessoas ficariam desesperadas para ter ou ansiosas para vê-los, mas eles não teriam qualquer valor como *performance*. O valor de *performance* pode existir independentemente de qualquer objeto com o qual o valor de *performance* fundiu-se. Não há nenhum valor de produto deixado quando uma grande pintura foi destruída, mas o fato de sua criação permanecer preserva todo seu valor de *performance*. As realizações de Uccello não são menos valiosas porque suas pinturas foram gravemente avariadas em uma enchente em Florença; a *Última Ceia* de Leonardo pode ter perecido, mas a maravilha de sua criação não seria diminuída. Uma *performance* musical ou um balé pode ter um enorme valor objetivo, mas se não foi gravada ou filmada, seu valor de produto

imediatamente diminui. Algumas *performances* – teatro de improvisação e concertos de *jazz* não gravados – encontram valor em suas singularidades efêmeras: eles nunca vão ser repetidos.

Podemos considerar o impacto positivo de uma vida – o modo como o mundo em si é melhor porque aquela vida foi vivida – como seu valor de produto. Aristóteles pensou que uma vida boa é uma despendida na contemplação, exercendo a razão e adquirindo conhecimento; Platão, que a vida boa é uma vida harmoniosa alcançada por meio da ordem e do equilíbrio. Nenhuma destas ideias remotas requer que uma vida maravilhosa tenha impacto. A maioria das pessoas, na medida em que estas são autoconscientes e articuladas, também ignoram o impacto. Muitas delas pensam que uma vida devotada a amar um deus ou deuses é a melhor vida a levar, e para outras tantas, é uma vida vivida dentro de tradições herdadas e impregnadas nas satisfações de sociabilidade, amizade e família. Todas essas vidas têm, para a maioria das pessoas que as querem, valor subjetivo: elas trazem satisfação. Mas na medida em que as consideramos objetivamente boas – na medida em que faria sentido *querer* encontrar satisfação em tais vidas –, o que conta é a *performance* ao invés do valor de produto de viver daquele modo.

Os filósofos costumavam especular a respeito do que chamavam de significado da vida. (Agora esse trabalho é de místicos e comediantes.) É difícil encontrar valor de produto suficiente na maioria das vidas das pessoas para supor que elas tenham significado por meio de seu impacto. Sim, mas não fosse por algumas vidas, a penicilina não teria sido descoberta tão cedo e *Rei Lear* nunca teria sido escrito. Ainda assim, se medirmos o valor de uma vida por sua consequência, quase todas as vidas não teriam nenhum valor e o grande valor de algumas outras – de um carpinteiro que fixou pregos em um teatro sobre o Tâmisa – seria apenas acidental. Em qualquer perspectiva plausível do que seja verdadeiramente maravilhoso em quase toda vida humana, o impacto dificilmente entra em qualquer história.

Se quisermos dar sentido a uma vida com significado, devemos assumir a analogia dos românticos. Achamos natural dizer que um artista dá significado aos seus materiais brutos e que um pianista dá um novo significado ao que ele toca. Podemos pensar que viver bem dê significado a uma vida – significado ético, se quisermos um nome. Esse é único tipo de significado na vida que pode se manter diante do fato e do temor da morte. Tudo isso o atinge como a um tolo? Apenas um sentimental? Quando você faz algo menor bem – interpretar uma canção ou peça, jogar baralho, pregar uma peça, cumprimentar alguém, fazer uma cadeira, um soneto ou amor –, sua satisfação é completa em si mesma. Estas são realização dentro da vida. Por que uma vida não pode ser também uma realização completa nela mesma, com seu próprio valor na arte de viver que ostenta?

Uma modificação. Eu disse que viver bem inclui lutar por uma vida boa, mas esta não é necessariamente uma questão de minimizar as chances de uma vida ruim. De

fato, muitos traços de caráter que valorizamos não são mais bem calculados para produzir o que independentemente julgamos ser a melhor vida disponível. Valorizamos espontaneidade, estilo, autenticidade e ousadia: escolher uma só dificulta ou mesmo impossibilita projetos. Podemos ser tentados a ruir as duas ideias dizendo que desenvolver e exercer esses traços e virtudes são parte daquilo que torna uma vida boa.

Mas isso parece muito reducionista. Se sabemos que alguém que vive na pobreza cortejou essa pobreza escolhendo uma carreira ambiciosa, porém arriscada, poderemos muito bem pensar que ele estava certo de correr o risco. Ele pode ter feito um trabalho melhor de viver lutando por um sucesso improvável, mas magnífico. Um artista que poderia ser admirado e próspero – Seurat, se um nome ajuda – ataca em uma direção inteiramente nova que irá isolá-lo e empobrecê-lo e pode não ter muito êxito mesmo artisticamente. Se isto tem êxito, além disto, o sucesso é improvável de ser reconhecido, como no caso de Seurat, até depois de sua morte. Poderíamos dizer: se ele tivesse êxito, teria tido uma vida melhor - mesmo levando em conta os custos terríveis - do que se ele não tivesse tentado, porque mesmo uma grande realização não reconhecida faz de uma vida uma vida boa.

Mas imaginemos que isso não tenha ocorrido: o que ele produz, embora original, tem menos mérito do que o trabalho mais convencional que ele teria se pintasse. Podemos pensar, se valorizamos muito a ousadia como uma virtude, que mesmo em retrospecto ele fez a escolha correta. Ela não se realizou e sua vida foi pior do que se ele nunca tivesse tentado. Mas ele estava certo, consideradas todas as coisas eticamente, em tentar. Este é outro exemplo: gênios esfomeados fazem boas cópias filosóficas, mas eles não são abundantes. Podemos, contudo, replicar exemplos com milhares de outros banais – empresários em busca de invenções arriscadas, mas grandiosas, ou esquiadores que encaram o perigo extremo. Mas se nós mesmos somos forçados a pensar que viver bem algumas vezes significa escolher o que pode ser uma vida pior, devemos reconhecer a possibilidade que ela pode ser. Viver bem não é o mesmo que aumentar a chance de produzir a melhor vida possível. A complexidade da ética corresponde à complexidade da moralidade.

NOTAS

**1** DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Nova York: Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

**2** Resumo e palavras-chave elaborados pelos tradutores. (N.T.).

**3** Oscar Wilde, por exemplo: "É por meio da Arte, e apenas por meio da Arte, que podemos alcançar nossa perfeição; por meio da Arte, e apenas por meio da Arte, que podemos nos defender dos sórdidos perigos da real existência". E: "Tudo que desejo assinalar é o princípio geral de que a Vida imita a Arte muito mais do a Arte imita a Vida". John Keats: "A vida de um homem de qualquer valor é uma contínua alegoria". Friedrich Nietzsche: "A Arte representa a mais elevada tarefa e a atividade verdadeiramente metafísica desta vida".

*Ronald Dworkin*

40 Washington Square South, 411 I
New York, NY 10012
*ronald.dworkin@nyu.edu*

Professor de Filosofia e Direito da Cátedra Henry Sommer da New York University

TRADUÇÃO AUTORIZADA. PUBLICADO ORIGINALMENTE EM *LES DISCRIMINATION ENTRE LES FEMMES ET LES HOMMES*, SCIENCESPO, 2011.

# MERCANTILIZAÇÃO, PROTEÇÃO SOCIAL E EMANCIPAÇÃO: AS AMBIVALÊNCIAS DO FEMINISMO NA CRISE DO CAPITALISMO

*Nancy Fraser* *

*MARKETIZATION, SOCIAL PROTECTION AND EMANCIPATION: AMBIVALENCES OF FEMINISM IN THE CAPITALIST CRISIS*

TRADUÇÃO *Natália Luchini*

**RESUMO**

Esse capítulo apresenta reflexões sobre as perspectivas do feminismo no quadro da crise atual do capitalismo neoliberal. Ele se baseia nas teorias de Karl Polanyi que explicaram o processo histórico da crise pelo conflito central entre dois eixos – aquele da mercantilização e aquele da proteção social. Entretanto, Polanyi ocultou as formas de injustiça que não estão presentes no mercado e tinha uma tendência a absolver as formas de proteção social que são vetores de dominação. Esse capítulo amplia as análises do conflito entre mercantilização e proteção social integrando à analise um terceiro eixo, a emancipação, através da qual passa todo o conflito. A introdução desse terceiro elemento faltante transforma o movimento duplo em um triplo, formando o coração de uma perspectiva quase polanyiana e suscetível de explicar a crise do século XXI.

O capítulo tem, primeiramente, a função de construir essa nova perspectiva e utilizá-la em um segundo momento para a análise das apostas na emancipação da hierarquia de gênero. O movimento triplo, assim constituído, permite superar as ambivalências do feminismo, já que suas reflexões foram com frequência instrumentalizadas pelo neoliberalismo triunfante. A reapropriação de uma proteção social definida por objetivos democráticos, logo participativos, não hierárquicos e não opressivos, abre ainda a possibilidade de definição de uma nova política feminista.

**PALAVRAS-CHAVE**

Capitalismo; Emancipação; Estado Providência; Feminismo; Gênero.

***ABSTRACT***

*This article is a reflection on the perspectives of feminism in the context of the current crisis of neoliberal capitalism. It is based on the theories of Karl Polanyi that explained the historical process of the crises as a result of the conflict between two elements – marketization and social protection. However, Polanyi kept out of sight forms of injustice that are not present in the market. He also had the tendency to excuse the social protection as an instrument of domination. This article takes a broader view on the analysis of the conflict between marketization and social protection. It includes in the analysis a third dimension, the emancipation. The inclusion of this third element transforms the historical process in a three dimensional conflict and forms the heart of a quasi-Polanyian perspective that is able to explain the crisis of the XXI century. This text develops this new perspective and uses it to analyze the bets in the emancipation of the gender hierarchy. The triple movement, thus constituted, can overcome the ambivalence of feminism, as the feminist agenda was often manipulated by neoliberalism. The redefinition of social protection in democratic, participatory, non-hierarchic and non-oppressive terms, opens the possibility to a new feminist politics.*

***KEYWORDS***

*Capitalism; Emancipation; Welfare State; Feminism; Gender.*

A crise atual do capitalismo neoliberal modifica a paisagem do pensamento feminista. Ao longo das duas últimas décadas, a maior parte dos teóricos homens e mulheres[1] manteve-se distante da teorização social de grande alcance associada ao marxismo.

Aparentemente aceitando a necessidade de especialização universitária, esses teóricos concentraram-se neste ou naquele ramo da pesquisa de determinada disciplina, considerado como um domínio independente. Sejam eles parte do direito ou da filosofia moral, da teoria democrática ou da "crítica cultural" (*cultural criticism*[2]), seus trabalhos estão em certa medida dissociados das questões fundamentais da teoria social. Crucial para as gerações precedentes, a critica à sociedade capitalista quase desapareceu das preocupações da teoria feminista. A crítica centrada, em particular, na crise do capitalismo foi declarada redutora, determinista e ultrapassada. Atualmente, essas afirmações têm sido reduzidas a pedaços. Com o abalo do sistema financeiro mundial, o declínio da produção e do emprego no mundo e a perspectiva de uma recessão prolongada, a crise capitalista forma um incontornável pano de fundo para qualquer tentativa séria de teorização crítica.

Mas como os teóricos/as feministas devem abordar precisamente essas questões? Como ultrapassar as lacunas de um economicismo desacreditado, que se concentra exclusivamente na "lógica sistêmica" da economia capitalista? Como alcançar uma compreensão abrangente da sociedade capitalista, que não seja exclusivamente econômica, que leve em conta as ideias do feminismo, do multiculturalismo, do pós-colonialismo, do pensamento ecológico e da "virada cultural" (*cultural turn*[3])? Como conceituar a crise como sendo processo social ou a história e a geografia, a política, a ecologia e o direito como influentes sobre a economia? Como compreender as diferentes lutas sociais na conjuntura atual, e como avaliar o potencial de transformação social para a emancipação?

## Por que Polanyi é atual?

O pensamento de Karl Polanyi é um ponto de partida promissor para tal teorização. Em seu clássico de 1944, *A Grande Transformação*, ele descreve a crise capitalista como um processo histórico de múltiplas facetas que começou com a revolução industrial na Grã-Bretanha e se desenvolveu, por mais de um século, no mundo inteiro, arrastando-o à sujeição ao Império, a crises periódicas e a guerras cataclísmicas. Além do mais, para Polanyi a crise capitalista baseava-se menos no abalo da economia em sentido estrito e mais na desintegração das comunidades, no desfazimento das solidariedades e na destruição da natureza. Suas raízes mergulhavam menos nas contradições internas da economia – como a tendência à diminuição da taxa do lucro – e mais em um gigantesco reposicionamento da economia em relação à sociedade. Invertendo a relação, até então universal, segundo a qual os mercados estavam intrinsecamente

ligados às instituições sociais e submetidos a normas morais e éticas, os partidários do "mercado enraizado" [4] buscavam construir um mundo no qual a sociedade, a moral, a ética estavam subordinadas aos mercados e modeladas por eles. Essa aspiração, intrinsecamente autodestrutiva e utópica, levou a evoluções profundamente destrutivas da sociedade humana que desencadearam em um contramovimento visando à sua proteção. É esse "movimento duplo", o da mercantilização não regulada, e em seguida o de reivindicações em favor de proteção social, que conduziu, de acordo com Polanyi, ao fascismo e à guerra mundial.

A obra de Polanyi narra, então, uma crise do capitalismo que vai além do campo acanhado do economicismo. Magistral, de grande alcance e que formula uma análise em diversos níveis, *A Grande Transformação* reúne em poderosa síntese histórica os protestos locais, política nacional, negócios internacionais e regimes financeiros mundiais. Como Marx, Polanyi insiste na luta social; no entanto, mais do que o conflito entre capital e trabalho, ele destaca o conflito que opõe as forças favoráveis à mercantilização e os movimentos transversais das classes em favor da proteção social. Do mesmo modo que Marx, Polanyi busca influenciar o curso da história, mas sua atitude em relação ao mercado é mais complexa. Escrito com o intuito de dar forma à ordem do pós-guerra, *A Grande Transformação* constitui uma argumentação para a instauração de um novo regime democrático regulatório que deixariam os mercados inofensivos, sem suprimi-los totalmente.

Apenas esses elementos bastam para fazer da análise de Polanyi um ponto de partida promissor para aqueles que buscam compreender os maus dos quais sofrem a sociedade capitalista do século XXI. Mas existem outras razões, mais específicas, para nos interessarmos por ele atualmente. A história relatada em *A Grande Transformação* encontra forte eco nas evoluções atuais. É certo que podemos *a priori* explicar razoavelmente que a crise atual encontra suas raízes nos esforços recentes visando liberar os mercados da regulamentação (tanto nacional quanto internacional) instaurada após a 2ª Guerra Mundial. O que chamamos hoje de "neoliberalismo" não é nada além do que o retorno à crença no "mercado desenraizado" que prevalecia no século XIX e que desencadeou a crise capitalista descrita por Polanyi. Hoje, como àquela época, as tentativas de aplicar esse *credo* à vida real destroem os laços sociais, os meios de subsistência e a natureza. Hoje, como àquela época, as forças de oposição se mobilizam para colocar fim a essas destruições. À primeira vista, a crise atual pode ser considerada como o "retorno de *A Grande Transformação*".

O ponto de vista de Polanyi é, por múltiplas razões, promissor para a teorização atual. No entanto, os/as feministas não o devem adotar cegamente. Olhando mais de perto, mesmo ultrapassando o economicismo, a obra de Polanyi se mostra muito imperfeita. Decididamente ligado aos maus provenientes dos mercados "desenraizados" (*désencastrés*[5]), ele ignora aqueles cuja origem está em outro lugar, na "sociedade" envolvente. Ocultando as formas de injustiça que não repousam sobre o

mercado, ele tem, igualmente, a tendência de absolver as formas de proteção social que são vetores de dominação. Ligado, excessivamente, às lutas contra as degradações causadas pelo mercado, ele negligencia as lutas contra as injustiças ancoradas na "sociedade" e codificadas nas proteções sociais.

É por isso que os teóricos feministas não devem adotar o quadro de Polanyi tal como aparece em *A Grande Transformação*. É necessário remodelar esse quadro para alcançar uma nova concepção quase polanyiana da crise do capitalismo, que evita não somente o economicismo redutor, mas também uma leitura romanceada da "sociedade".

Esse é o meu objetivo aqui. Buscando desenvolver uma crítica que engloba a "sociedade" e a "economia", eu proponho dar alcance maior à problemática de Polanyi a fim de incluir um terceiro projeto histórico de luta social que redesenha o conflito, central para Polanyi, entre mercantilização e proteção social. Esse terceiro projeto histórico, que chamarei de "emancipação", visa afrouxar as formas de sujeição ancoradas na "sociedade". Centrais às duas manifestações de *A Grande Transformação*, tanto aquela analisada por Polanyi quanto a que vivemos atualmente, as lutas por emancipação constituem um terceiro eixo faltante pelo qual passa todo o conflito entre mercantilização e proteção social. A introdução desse terceiro faltante terá por efeito transformar o movimento duplo em triplo, englobando a mercantilização, a proteção social e a emancipação.

O movimento triplo formará o coração de uma nova perspectiva quase polanyiana suscetível de explicar a crise capitalista do século XXI. Em um primeiro momento, aplicar-me-ei à construção dessa nova perspectiva que, em um segundo momento, servirá para a análise de certas ambivalências da política feminista.

## Os conceitos chave de Polanyi: mercados "desenraizados", proteção social e movimento duplo

Começarei lembrando a distinção feita por Polanyi entre mercados "enraizado" (encastré) e "desenraizado" (désencastrés). Parte integrante de *A Grande Transformação*, essa distinção comporta conotações fortes, que devem ser objeto de um exame crítico.

Polanyi distingue duas diferentes relações que os mercados podem manter com a sociedade. De um lado, os mercados podem ser "enraizados", imbricados em instituições não econômicas e regidos por normas não econômicas, tais como "preço justo" e "salário justo". De outro lado, os mercados podem ser "desenraizados", livres de controle extraeconômicos e regidos de modo imanente pela oferta e pela demanda. Segundo Polanyi, a primeira possibilidade constitui a norma histórica. Através da história, nas diferentes civilizações e em lugares muito distantes, os mercados foram submetidos a controles não econômicos, que colocaram limites ao que pode ser vendido e comprado, aos atores desse comércio e às suas modalidades. A segunda possibilidade constitui uma anomalia histórica. Invenção britânica do século XIX, o

mercado "desenraizado" é, de acordo com Polanyi, uma ideia totalmente nova cujo desdobramento ameaça o tecido da sociedade humana.

Para Polanyi, os mercados, em realidade, não podem jamais ser totalmente desenraizados da sociedade em seu conjunto. Toda tentativa nesse sentido estará inexoravelmente consagrada ao fracasso. De um lado, os mercados só podem funcionar corretamente em um contexto não econômico de sistema de valores e de relações solidárias. As tentativas que visam desenraizá-lo destroem esse contexto. De outro lado, a tentativa de estabelecer mercados autorregulados se mostra tão destrutiva para o tecido social que suscita importantes reivindicações em favor de sua regulação social. Longe de reforçar a cooperação social, o projeto de "desenraizamento" dos mercados provoca, inevitavelmente, uma crise social.

São nesses termos que *A Grande Transformação* descreve uma crise do capitalismo que foi da revolução industrial à 2ª Guerra Mundial. Além disso, para Polanyi, a crise englobava não apenas os esforços dos interesses comerciais para "desenraizar" os mercados, mas também a combinação de contra-esforços utilizados pelos proprietários de terra, pelos trabalhadores urbanos e por outras camadas sociais para defender a sociedade contra a "economia". Enfim, para Polanyi, é a acentuação da luta entre esses dois campos, os partidários da mercantilização e aqueles da proteção social, que deram à crise a forma característica de um "movimento duplo". Se a primeira dimensão desse movimento nos conduziu de uma fase mercantilista, na qual os mercados eram socialmente e politicamente regulados, a uma fase de *laisser-faire*, na qual eles (os mercados) se tornaram relativamente desregulados, a segunda dimensão deveria nos levar, ao menos era o que esperava Polanyi, a uma nova fase, na qual os mercados seriam regulados novamente pelo Estado Providência democrático. O efeito seria recolocar a economia no lugar que ela deve ocupar na sociedade.

De modo geral, a distinção entre mercado "enraizado" e "desenraizado" se aplica a todos os conceitos centrais de Polanyi, neles compreendidos a sociedade, a proteção social, a crise e o movimento duplo. Ponto igualmente importante, a distinção está implícita, mas, sem nenhuma dúvida, é normativa. Os mercados "enraizados" estão associados à proteção social, considerada como um refúgio em face da fúria dos elementos. Os mercados "desenraizados" são associados à explosão, a ter que se nadar nu nas "águas geladas do cálculo egoísta" (Marx e Engels, 1848). Essas apreciações (mercados "enraizados" são bons e mercados "desenraizados" são ruins) também participam do movimento duplo. O primeiro movimento (exposição) traz perigos, o segundo (proteção) traz segurança.

O que devemos concluir? À primeira vista, a distinção entre mercados "enraizados" e "desenraizados" tem muito a oferecer para a teoria feminista. Por um lado ela ultrapassa o economicismo para chegar a uma conclusão mais abrangente da crise capitalista como processo histórico de múltiplas facetas, tanto sociais, políticas e ecológicas, como econômicas. Por outro lado, ela ultrapassa o funcionalismo interpretando a crise

não como uma "ruptura objetiva do sistema", mas como um processo intersubjetivo que inclui a reação dos atores sociais às modificações que lhe são perceptíveis em suas próprias vidas e em suas relações uns com os outros. Ainda nesse caso, a distinção de Polanyi permite uma crítica da crise que não rejeita os mercados enquanto tais, mas apenas os que são nefastos e "desenraizados". Por consequência, o conceito de um mercado "enraizado" oferece a perspectiva de uma alternativa progressista devido ao "desenraizamento" absurdo preconizado pelos neoliberais e à supressão sistemática dos mercados que tem tradicionalmente o favor dos socialistas.

Não obstante, o que está implícito nas categorias definidas por Polanyi é problemático. De um lado, sua descrição dos mercados "enraizados" e das proteções sociais são acentuadamente idílicas. Ao romancear a "sociedade", ele oculta o fato de que as sociedades nas quais os mercados sempre foram "enraizados" são também lugares de opressão. Ao contrário, a descrição que Polanyi dá do "desenraizamento" é um tanto sombria. Tendo idealizado a sociedade, ela oculta o seguinte fato: sejam quais forem as demais consequências dos processos que desenraizam os mercados das proteções opressivas, eles trazem consigo um aspecto emancipatório.

Também, os teóricos feministas de hoje devem remodelar esse quadro. Evitando tanto a condenação em massa do "desenraizamento" como a aprovação em massa do "reinraizamento", nós devemos submeter a um exame crítico as duas dimensões do movimento duplo. Tornando visíveis os déficits normativos da "sociedade" assim como os da "economia", nós devemos provar a justiça das lutas contra a opressão *de onde quer que ela venha*.

Para tanto, eu proponho a utilização de um recurso do qual Polanyi não fez uso: as ideias dos movimentos feministas. Trazendo à tona as assimetrias do poder que ele ocultou, esses movimentos expuseram a face oculta e predatória dos mercados "enraizados" que ele tinha tendência a idealizar. Insurgindo-se contra as proteções que também constituem opressões, elas (as ideias dos movimentos feministas) fizeram nascer reivindicações em favor da emancipação. Com base no ideário feminista, eu proponho repensar retrospectivamente o movimento duplo em relação aos combates feministas pela *emancipação*.

## A EMANCIPAÇÃO: O "TERCEIRO" FALTANTE

Ao falar em emancipação, nós introduzimos uma categoria que não aparece em *A Grande Transformação*. Mas a ideia – e mesmo o termo – de emancipação era usual na época em que fala Polanyi. Para demonstrar isso, basta pensar nas lutas de então, que visavam abolir a escravidão, emancipar as mulheres e libertar os povos não europeus sob o jugo colonial. Esses combates sempre levaram o nome de "emancipação". É de fato estranho que essas lutas não figurem numa obra que pretendia descrever a grandeza e a decadência daquilo que ele chama de "civilização do século XIX". Meu objetivo

não é simplesmente assinalar essa omissão, mas sublinhar que as lutas por emancipação colocaram em destaque diretamente as formas opressivas da proteção social, sem condenar totalmente nem celebrar absolutamente a mercantilização. Se esses movimentos tivessem sido incluídos em *A Grande Transformação*, elas teriam desestabilizado a trama narrativa dualista e, assim, faria explodir o movimento duplo.

Para compreender o porquê, consideremos que a emancipação difere fortemente da principal categoria positiva de Polanyi: a proteção social. Assim, a proteção social se opõe à exposição e a emancipação se opõe à dominação. Enquanto a proteção visa proteger a "sociedade" dos efeitos desintegradores dos mercados não regulados (*marchés non régulés*), a emancipação visa jogar luz na dominação de onde quer que ela venha; tanto da sociedade quanto da economia. Se a ideia principal de proteção é sujeitar as trocas mercantis a normas não econômicas, a da emancipação é a de submeter as trocas mercantis e as normas não mercantilistas a um exame crítico. Enfim, os valores supremos da proteção são a segurança, a estabilidade, e a solidariedade social, enquanto que a prioridade da emancipação é combater a dominação.

Contudo, estaríamos errados ao concluir que a emancipação "anda sempre de mãos dadas" com a mercantilização. Se a emancipação se opõe à dominação, a mercantilização se opõe à regulação extraeconômica da produção e das trocas, pouco importando seu objetivo, proteger ou emancipar. Enquanto a mercantilização defende a suposta autonomia da economia e se previne da influência de outras esferas, a emancipação ultrapassa as fronteiras que delimitam as esferas, buscando extrair a dominação de *cada* esfera. A ideia principal da mercantilização é liberar a compra e a venda de normas morais e éticas, enquanto a emancipação busca examinar em profundidade *todos* os tipos de normas do ponto de vista da justiça. Enfim, enquanto a mercantilização faz da eficiência, da escolha individual e da liberdade negativa[6] seus mais altos valores, a prioridade da emancipação, como acabo de dizer, é o de combater a dominação.

Desse modo, as lutas pela emancipação não se sobrepõem perfeitamente a nenhuma das duas dimensões do movimento duplo de Polanyi. Por um lado, essas lutas parecem convergir para a mercantilização em alguns momentos como, por exemplo, quando qualificam como opressivas as proteções sociais que os partidários do liberalismo econômico buscam erradicar. Por outro lado, elas convergem com os projetos que defendem as proteções sociais como, por exemplo, quando denunciam os efeitos opressores da desregulação. De outro modo, ainda, as lutas pela emancipação divergem das duas dimensões do movimento duplo como, por exemplo, quando elas não buscam suprimir e defender as proteções existentes, mas, sobretudo, procuram transformar o modo de proteção. Assim, as convergências, quando existem, são conjunturais e contingentes. Não estando totalmente alinhadas à proteção e à desregulação, as lutas pela emancipação representam uma terceira força que rompe

o esquema dualista de Polanyi. Para fazer justiça a essas lutas, é necessário revisar o quadro de Polanyi e transformar seu movimento duplo em triplo.

## Emancipação e proteções hierárquicas

Para compreender porque interessamo-nos pelas reivindicações feministas à emancipação, basta notar que tais reivindicações despedaçam o movimento duplo revelando como as proteções sociais podem ser opressoras ao institucionalizar uma hierarquia de *status*. Essas proteções privam certos indivíduos, que deveriam em princípio ser incluídos como membros da sociedade, de condições prévias a uma participação plena na vida social. O exemplo clássico é a hierarquia entre sexos que dá às mulheres um *status* inferior, comparável frequentemente àquele de uma criança do sexo masculino, e que com frequência impede as mulheres de participar plenamente, em pé de igualdade com os homens, das interações sociais. Mas poderíamos também citar as hierarquias de casta, nelas compreendidas as que se fundam em ideologias racistas. Em todos esses casos, as proteções sociais são favoráveis aos indivíduos que se encontram no topo da hierarquia de *status* e concedem vantagens menores (ou nenhuma) àqueles que se encontram mais baixo na hierarquia. Por consequência, elas protegem menos a própria sociedade que a hierarquia social. Então, não é surpreendente que os movimentos feministas, antirracistas e anticastas tenham se mobilizado contra as hierarquias, rejeitando as proteções que elas pretendem oferecer. Insistindo na participação plena e inteira na sociedade, eles buscam desmantelar os dispositivos que as privam dos pré-requisitos sociais para ascender a uma "paridade de participação" (*parity of participation*, ver abaixo: A "paridade de participação").

## A paridade de participação (*parity of participation*)

Dou à expressão "paridade de participação" (ou "paridade participativa") um sentido mais amplo que aquele de "paridade" à francesa, e isso por meio de cinco pontos de vista[7].

Primeiramente, a paridade não é para mim uma questão de números. Ela não deve ser reduzida a uma lei exigente na qual as mulheres sejam metade do eleitorado. Trata-se, sobretudo, de um estado qualitativo: ser *igual*, estar em *igualdade* com os outros, interagir com os outros em pé de igualdade; algo que os números não podem garantir.

Em segundo lugar, a paridade não pode concernir à única dimensão da representação. O obstáculo a uma participação igualitária das mulheres na vida política não é somente a estrutura do poder político. Ao contrário, eu penso que a "participação paritária" (*parity of participation*), deve levar em conta três dimensões da dominação: a distribuição econômica, o reconhecimento cultural e legal e a representação

política. Essas desigualdades de distribuição e de reconhecimento, tanto quanto aquelas de representação, podem constituir (e constituem com frequência) um obstáculo à paridade.

Em terceiro lugar, penso que a paridade deve se aplicar a todos os aspectos da vida social e não somente às instituições políticas. Assim, a justiça exige dela uma "paridade de participação" em uma multiplicidade de domínios de interação, notadamente os mercados de trabalho, as relações sexuais, a vida das famílias, as esferas públicas e as associações da sociedade civil.

Em quarto lugar, a paridade não deve concernir somente ao eixo de diferenciação que é o sexo, mas também outras categorias subordinadas (tais como as minorias raciais, éticas e religiosas). Especialmente que uma lei somente sobre a paridade entre os sexos pode ter um impacto negativo sobre a representação dessas categorias: as medidas visando corrigir um tipo de disparidade podem de fato exacerbar outras. A justiça exige uma "paridade participativa" que diga respeito aos principais eixos de diferenciação social, sem exclusividade.

A quinta diferença concerne à maneira de coloca-a em prática. A lei francesa, por exemplo, requer uma paridade *real*. Ao contrário, penso que a moral quer que a sociedade garanta aos seus membros uma *possibilidade* de paridade, caso eles desejem participar de uma atividade ou interação no momento de sua escolha. Não é necessário que cada um participe efetivamente das atividades em questão.

Minha concepção de justiça em matéria de "paridade participativa" é, então, muito mais ampla do que a concepção de paridade na política, porque ela estabelece uma norma que permite avaliar a justiça em *todos* os arranjos sociais, ao levar em conta as *três* dimensões e os múltiplos eixos de diferenciação social.

A crítica feminista da proteção hierárquica é apresentada em todas as épocas da história contadas por Polanyi, mesmo que ele não faça menção a ela. Durante o período mercantilista, os/as feministas como Mary Wollstonecraft criticaram os dispositivos sociais tradicionais que enraizavam os mercados. Condenando as hierarquias de gênero enraizadas na família, na religião, no direito e nos usos sociais, eles/elas exigiam que fossem dadas às mulheres as condições indispensáveis à "paridade de participação", tão fundamentais quanto uma personalidade jurídica independente, a liberdade de religião, a educação, o direito de recusar relações sexuais, os direitos de guarda das crianças, assim como a lei de se exprimir em público e de votar. Durante o período do *laisser-faire,* os/as feministas exigiam uma igualdade de acesso ao mercado. Denunciando a instrumentalização das normas sexistas por este último, eles/elas se opunham às proteções que proibiam as mulheres de possuírem bens, de assinar contratos, de dispor de seu salário, de exercer certas profissões, de trabalhar durante os mesmos horários e de receber o mesmo salário dos homens, como pré-requisitos a uma participação plena e por inteiro da vida social. Durante o período que se seguiu à 2ª Guerra Mundial, os/as

feministas da segunda geração atacaram o "patriarcado público" instituído pelo Estado Providência. Condenando as proteções sociais fundadas no "salário familiar" [8], eles/elas reivindicaram para as mulheres uma remuneração igual para um trabalho de valor comparável, prestações sociais tratando a igualdade, o *cuidado* (*care*), o trabalho remunerado, e a supressão da divisão sexual do trabalho, seja ele remunerado ou não.

Em cada uma das épocas os feministas reivindicaram a emancipação, com o objetivo de ultrapassar a dominação. Às vezes, eles/elas tinham por alvo as estruturas sociais tradicionais que *enraizavam* o mercado; outras vezes, eles/elas visavam às forças que *desenraizavam* os mercados; e outras vezes ainda, eles/elas atacavam as forças que *reinraizavam* os mercados. Desse modo, as reivindicações feministas jamais foram fundadas de modo sistemático sobre qualquer das duas dimensões do movimento duplo de Polanyi. Pelo contrário, suas lutas pela emancipação constituíam uma terceira dimensão do movimento social, que atravessava os outros dois. O que Polanyi chamava de movimento duplo era em realidade um movimento triplo.

## Conceituação do movimento triplo

Como devemos, então, compreender o movimento triplo? Esse conceito apresenta a crise do capitalismo como um conflito de três dimensões: mercantilização, proteção social e emancipação. Cada um é compreendido como irredutível no plano conceitual, normativamente ambivalente e inextricavelmente imbricado com os outros dois. Nós já vimos, contra Polanyi, que a proteção social é com frequência ambivalente: ela permite não submeter os efeitos desintegradores da regulação, ao institucionalizar uma dominação. Mas como veremos adiante, isso vale também para os outros termos. A desregulação dos mercados produz, evidentemente, os efeitos negativos que Polanyi sublinhou, mas pode igualmente gerar efeitos positivos quando as proteções que ela desintegra são fontes de opressão, por exemplo, pela introdução do mercado em países comunistas burocratizados, ou ao permitir que antigos escravos tenham acesso ao mercado de trabalho. A emancipação também não é isenta de ambivalências, na medida em que ela gera não somente uma liberação, mais também rupturas na rede de solidariedades existentes. Assim, ao destruir a dominação, a emancipação pode também destruir as bases da ética solidária da proteção social e encorajar assim a mercantilização.

Visto desse ângulo, cada termo se caracteriza, por vezes, por um *telos* que lhe é próprio e por uma ambivalência potencial que aparece em sua interação com os outros dois termos. Nenhum dos três pode ser apreendido corretamente se for considerado independentemente dos outros. Bem como a área social não pode ser apreendida corretamente se apenas nos interessarmos por dois desses termos. Uma visão adequada da crise capitalista só se caracteriza a partir do momento em que os três são examinados conjuntamente.

É, então, aqui que se encontra a primeira condição desse movimento triplo: a relação entre duas dimensões quaisquer desse conflito tridimensional passa obrigatoriamente pela mediação do terceiro. Assim, como acabei de indicar, o conflito entre mercantilização e proteção social deve passar pela mediação da emancipação. O mesmo ocorrerá quando eu mostrar, logo em seguida, que os conflitos entre proteção e emancipação devem passar pela mediação da mercantilização. Nesses dois casos, a mediação pela terceira dimensão é indispensável à díade. Negligenciar esse terceiro seria revisitar o falseamento da lógica da crise capitalista e do movimento social.

## Mudar de perspectiva: a ambivalência da emancipação na nova e grande transformação

Até aqui, eu me apoiei nesse movimento triplo para explorar a ambivalência da proteção social. Agora, eu desejo mudar de perspectiva e me apoiar sobre o movimento triplo para explorar a ambivalência da emancipação. Tendo sublinhado a necessidade de compreender os conflitos entre desregulação e proteção social passando pela mediação da emancipação, mediação negligenciada por Polanyi, acredito ser necessário, nesse momento, sublinhar a necessidade de compreender os conflitos entre proteção e emancipação passando pela mediação da mercantilização, o que acredito ter sido negligenciado por correntes importantes do movimento feminista.

Em razão disso, em relação a esse ponto, coloco-me na perspectiva da "grande transformação" da nossa época. No caso desta transformação, comecemos com o "liberalismo enraizado" (Ruggie, 1992) instaurado após a 2ª Guerra Mundial. Baseado em um quadro regulamentar internacional conhecido pelo nome de Bretton Woods, o liberalismo "enraizado" englobava os Estados Providência keynesianos dos países ricos e os Estados "desenvolvimentistas" [9] pós-coloniais. Não obstante, desde os anos 1980, esses dispositivos foram submetidos à pressão do neoliberalismo, que defendia um novo desenraizamento dos mercados, provocando a mesma crise capitalista, a mais profunda desde a Grande Depressão.

Mais globalmente, meu objetivo é de analisar a crise atual por meio do conceito do movimento triplo, assim como Polanyi se apoiou sobre o movimento duplo para compreender a crise precedente. Para mim, como para ele, o objetivo é de clarificar as perspectivas de uma nova onda de "reinraizamento" democrático, estabilizado por um sistema mundial de regulação econômica. No entanto, em relação ao que me interessa, a proteção social deve ser reexaminada à luz da emancipação. Devemos, então, imaginar os dispositivos de "reinraizamento" dos mercados usados para superar a dominação.

Que luz o movimento triplo pode jogar nessa questão? Em nossa época, cada uma dessas três orientações possui seus partidários. A mercantilização é defendida com fervor pelos neoliberais. A proteção social suscita defesas diferentes e variadas

– algumas agradáveis, outras menos – vinda de socialdemocratas e de sindicalistas nacionalistas, de movimentos populistas que se opõem à imigração, de movimentos religiosos neo-tradicionais, ou ainda de militantes antiglobalização, ecologistas e populações autóctones. A emancipação é o cavalo de batalha dos novos movimentos sociais, notadamente os multiculturalistas, os/as feministas do mundo inteiro, os partidários da liberação lésbica/gay, os apóstolos da democracia cosmopolita, os militantes dos direitos do homem ou ainda os defensores de uma justiça mundial. São essas as relações complexas entre esses três tipos de projetos que imprimem a forma de um movimento triplo à crise atual da sociedade capitalista.

Estudemos, agora, o papel dos projetos de emancipação no seio dessa constelação. Desde pelo menos os anos 1960, tais movimentos levantaram-se contra os aspectos opressores da proteção social do liberalismo "enraizado". Àquela época, por exemplo, os *New Leftists* expuseram à luz do dia o caráter opressor dos regimes de proteção social de organização burocrática, que escravizam seus beneficiários. Do mesmo modo, os anti-imperialistas revelaram o caráter opressor das proteções sociais dos países ricos, que eram financiados por uma troca desigual, à custa das antigas populações coloniais. Mais recentemente, os multiculturalistas mostraram o caráter opressor das proteções sociais construídas sob o autocentrismo dos membros da maioria religiosa ou etnocultural, que penaliza os membros dos grupos minoritários. Enfim, o aspecto mais importante na minha perspectiva: os/as feministas da segunda geração fizeram aparecer o caráter opressor das proteções sociais construídas sob as hierarquias de gênero.

Em cada caso, o movimento colocou em epígrafe um tipo de opressão e formulou uma reivindicação de emancipação correspondente. No entanto, em cada caso, igualmente, as reivindicações do movimento eram ambivalentes: elas podiam, em princípio, seguir no sentido tanto da mercantilização quanto da proteção social. No primeiro caso, quando a emancipação segue no sentido da mercantilização, ela servia para minar não apenas a dimensão opressora, mas também a própria proteção social. No segundo caso, quando a emancipação segue no sentido da proteção social, ela servia não a minar, mas, sobretudo, a transformar o modo de proteção.

Esse argumento vale, em minha opinião, para todos os movimentos de emancipação que acabo de citar. Não obstante, concentrar-me-ei aqui na crítica que o feminismo da segunda geração formula contra a dimensão opressora da proteção social no liberalismo "enraizado". Conforme penso, esse movimento é muito frequentemente visto como engajado em uma luta binária. Focado em sua oposição às proteções opressoras, ele não era sempre suficientemente consciente da terceira dimensão desse movimento triplo, a saber, os esforços visando desregular os mercados. Negligenciando a ascensão do neoliberalismo, os/as feministas da segunda geração compreenderam mal a situação e avaliaram mal as prováveis consequências de suas ações. Sua incapacidade de perceber o papel de mediação que a mercantilização

faz no conflito entre emancipação e proteção social dá forma ainda hoje ao curso da crise capitalista do século XXI.

## Ambivalências feministas

Lembremo-nos que o feminismo da segunda geração atacou a hierarquia de gênero das proteções sociais no Estado providência do pós-guerra. Nos Estados Unidos, isso significou colocar em destaque o caráter sexual implícito de um sistema cindido entre, de uma parte, a assistência aos pobres, às crianças, às mulheres e aos estigmatizados; de outra parte, uma assistência social respeitável para aqueles considerados como "trabalhadores". Na Europa, isso significou revelar uma hierarquia androcêntrica na divisão entre prestação e direitos derivados destinados às mães e os direitos sociais associados a um trabalhador assalariado. Nos dois casos, os/as feministas perceberam que havia traços de um esquema mais antigo, herdado do período anterior à guerra, chamado de "salário familiar". Nesse esquema, o arquétipo do cidadão era um homem provedor de recursos e pai de família, no qual o salário era o principal, de fato único, sustento econômico de sua família e, se sua esposa ganhasse um salário, esse serviria apenas de apoio. Esse ideal profundamente sexual de um salário "familiar" constituía o plano central da substância ética sobre a qual se apoiavam os Estados providência para "reinraizar" os mercados. Normalizando a dependência das mulheres, o sistema de proteção social comprometia as chances das mulheres de participar plenamente, em igualdade com os homens, na vida da sociedade. Institucionalizando as concepções androcêntricas da família e do trabalho, tornava-se natural a hierarquia de sexos e afastava toda contestação política. Ponto igualmente importante, ao valorizar o trabalho assalariado, o modo de proteção proposta pelo liberalismo "enraizado" obscurecia a importância social do *care* (Fraser, 1989, 1997 e 2005).

Tal era a crítica feminista do liberalismo "enraizado". Politica e intelectualmente poderosa, tal crítica não era menos ambivalente, ou seja, suscetível de seguir tanto em uma direção quanto na outra. Num primeiro sentido, a crítica do "salário familiar" formulada pelos/pelas feministas visava conceder às mulheres um acesso pleno e integral ao emprego e aos direitos relacionados a tal condição, em igualdade com os homens. Essa opção tendia a valorizar o trabalho assalariado e o ideal androcêntrico da independência individual, o que leva novamente, *de facto*, a desvalorizar o *care*, a interdependência e a solidariedade. Ao atacar o *ethos* tradicional do gênero, que servia ainda a enraizar os mercados, essa forma de feminismo é suscetível *in fine* de reforçar o desenraizamento. Ele poderia ter como efeito, intencional ou não, que a luta contra a hierarquia entre os sexos seguisse no sentido da mercantilização.

Contudo, a crítica feminista contra a proteção opressora poderia, em princípio, tomar outro caminho. Articulada de modo diferente, essa luta por emancipação

poderia se apoiar sob a segunda dimensão do movimento triplo, a saber, a proteção social. Nesse segundo cenário, a crítica feminista visaria rejeitar os valores androcêntricos, e em particular a supervalorização do trabalho assalariado e à subvalorização do *care*, trabalho não assalariado. Ao levar este último ao posto de questão de importância pública, esse movimento se aplicaria a repensar os dispositivos sociais de modo a permitir a cada um, homem ou mulher, conciliar esses dois tipos de atividade, ao superar as tensões que pesam sobre essas tentativas hoje em dia. Rejeitando igualmente a oposição dependência/independência sobreposta à oposição mulher/homem, um feminismo favorável à proteção social contribuiria para romper o vínculo falacioso entre hierarquia social e dependência, que constitui uma característica universal da condição humana. Valorizado a solidariedade e a interdependência, a crítica contribuiria não a dissolver, mas a transformar as proteções sociais.

De fato, o feminismo da segunda geração englobava essas duas orientações. No tocante ao essencial, os/as feministas liberais ou radicais se inscreviam na lógica da mercantilização, enquanto os/as feministas socialistas e os/as feministas de cor tinham uma tendência maior a sustentar a proteção social. No primeiro caso, esse alinhamento nem sempre era intencional: todos os/as feministas liberais e radicais não buscavam intencionalmente substituir o modelo do "salário familiar" por aquele da família com duas fontes de renda. Mas, não conseguindo recolocar sua luta por emancipação dentro do contexto do movimento triplo, eles/elas podiam *in fine* acentuar o desenraizamento e a desregulação. No outro caso, em contrapartida, o alinhamento era relativamente consciente. Os/as feministas para os quais as preocupações concordavam com as correntes favoráveis à proteção apreenderam intuitivamente a lógica do movimento triplo. Eles/elas tinham com frequência o sentimento que sua luta por emancipação coincidia, ao confirmar, outra luta, aquela entre proteção e desregulação. Ao se posicionar em um jogo tridimensional eles/elas queriam evitar o encorajamento dos proponentes da desregulação, ainda que se colocar vigorosamente contra as proteções fontes de opressão.

Poderíamos dizer que tal ambivalência do feminismo foi resolvida, nesses últimos anos, em favor da mercantilização. Insuficientemente atentos/as à ascensão do fundamentalismo de mercado, os/as feministas da corrente dominante terminaram por fornecer razões que justificam um novo modo de acumulação do capital, largamente dependente do trabalho remunerado das mulheres. Porque as mulheres de todas as classes, origens éticas e nacionalidades afluíram para os mercados de trabalho de todo o planeta, a ideologia do "salário familiar" está dando lugar à norma mais recente e mais moderna do lar com duas pessoas remuneradas. Pouco importa que esse novo ideal se concretize por uma redução dos níveis salariais, uma precarização do emprego, um recuo do nível de vida, um aumento significativo no tempo gasto com o trabalho remunerado em relação ao gasto no lar, na multiplicação de postos duplos (e mesmo, com frequência, de postos triplos ou quádruplos)

e de um aumento do número de lares dirigidos por uma mulher. A ideologia neoliberal conseguiu transformar uma mula em cavalo de corrida ao se apropriar da crítica feministas do "salário familiar".

Essa crítica fornece daqui em diante uma boa parte do "novo espírito do capitalismo" (Boltanski e Chiapello, 2005), quer dizer, a matéria simbólica e ética que permite embelezar o novo "capitalismo flexível", conferindo a ele uma significação superior e um peso moral. Ao conferir às lutas cotidianas uma significação ética, o discurso feminista atrai as mulheres das duas extremidades da escala social: em uma extremidade, as mulheres das classes médias, determinadas a quebrar o teto de vidro; em outra, as mulheres interinas, trabalhadoras em tempo parcial, assalariadas de baixa renda, empregadas domésticas, trabalhadoras do sexo, imigrantes, trabalhadoras em zonas francas industriais e clientes em estabelecimentos de microcrédito, em busca não somente de renda e segurança material, mas também de dignidade, de bem-estar e de uma liberação da autoridade tradicional. Nas duas extremidades, o sonho de emancipação das mulheres é sacrificado no altar do capitalismo. Em consequência, a crítica do "salário familiar" formulada pelos/as feministas se tornou compatível com a mercantilização. Outrora, capaz de andar no sentido da proteção social, ela serve mais e mais a intensificar a valorização do trabalho assalariado levada adiante pelo neoliberalismo (Fraser, 2009).

## Por uma nova aliança entre emancipação e proteção social

O que podemos concluir? Certamente não que o feminismo da segunda geração simplesmente fracassou. Tampouco que ele deva ser responsabilizado pelo triunfo do neoliberalismo, nem, evidentemente, que as lutas por emancipação são intrinsecamente problemáticas. Nem mesmo que os ideais de emancipação são sempre, e desde o início, destinados a serem restabelecidos para os fins da mercantilização. Eu concluo, sobretudo, que nós, aqueles que desejam que as mulheres se emancipem da hierarquia de gênero, devemos tomar mais consciência dos desenvolvimentos passados, pois agimos sobre um terreno igualmente ocupado por forças de mercantilização.

Voltemos às questões mais gerais que inspiraram esse capítulo. Refletindo sobre a grande transformação que conhecemos atualmente, eu, efetivamente, reconstruí o projeto de Polanyi. Ao teorizar o movimento duplo, ele descrevia os conflitos de sua época sob os traços de uma luta histórica pela alma do mercado. Serão a natureza, o trabalho e o dinheiro despidos de toda significação ética, divididos e negociados como mercadorias quaisquer, sem respeito algum pelas consequências? Ou serão os mercados submetidos a uma regulação política que leve em conta a ética e a moral? No século XXI, essa luta nunca antes foi tão intensa. De qualquer modo, o movimento triplo a ilumina de modo mais cru, conforme ele é transpassado por duas outras

lutas de importância histórica. Uma é a luta pela alma da proteção social. Os dispositivos que reinraizam os mercados na era pós-neoliberal serão opressores ou emancipatórios, hierárquicos ou igualitários, e, poderia ainda dizer, bem ou mal enquadrados, hostis ou favoráveis à diferença, burocráticos ou participativos? Esta luta jamais foi tão intensa. Mas ela é transpassada por outra luta histórica: aquela pela alma da emancipação. As lutas de emancipação do século XXI servirão ao progresso do desenraizamento e da desregulação dos mercados? Ou servirão elas para expandir e democratizar as proteções sociais e torna-las mais justas?

Essas questões sugerem um projeto possível para aqueles e aquelas favoráveis à emancipação. Podemos tentar romper nossas ligações perigosas (Einsenstein, 2005) com a mercantilização e criar uma nova aliança com os partidários da proteção social. Assim, ao reconfigurar um movimento triplo, nós podemos integrar a preocupação central do combate contra a dominação àquelas igualmente fundamentais, da solidariedade e da segurança sociais, sem, contudo negligenciar a importância da liberdade negativa. Ao adotar uma concepção mais abrangente de justiça social, tal projeto poderá, ao mesmo tempo, homenagear o pensamento de Polanyi e remediar suas insuficiências.

NOTAS

* Eu agradeço pelos comentários preciosos e pelas discussões frutíferas que me permitiram, Amy Allen, Seyla Benhabib, Robin Blackburn, Luc Boltanski, Hauke Brunkhorst, Robin Celikates, Alessando Ferrara, Rainer Forst, Rahel Jaeggi, Françoise Milewski, David Owen, Réjane Sénac-Slawinski e Eli Zaretsky.

1 NT. A autora utiliza os termos "théoriciens-nes" todas as vezes que se refere a "teóricos". Na inexistência do feminimo na língua portuguesa, utilizamos na primeira vez "teóricos homens e mulheres", mas em todas as outras apenas "teórico/s". Seguimos no original sempre que possível a utilização dos substantivos no feminino e no masculino, assim como "eles-elas", "aqueles-aquelas", etc.

2 Nota da redação francesa: a expressão "crítica cultural" *cultural criticism* faz referência a um conceito abrangente da "cultura", na medida em que engloba uma dimensão mais geral, em particular social, histórica, filosófica, antropológica, etc. Se o conceito surgiu no século XIX, ele foi ampliado no século XX, no quadro de uma crítica radical do sistema de valores da sociedade. A "crítica cultural" restaura a capacidade crítica a um campo que tinha uma tendência a se institucionalizar. Para além de uma cultura entendida como um conjunto concreto de crenças e de práticas partilhadas por um grupo humano, a "crítica cultural", interroga-se também sobre a ausência de uma cultura coerente, estável e acabada, e destaca as contradições entre os diferentes elementos de uma cultura, a falta de integração, a importância das resistências, a aptidão das culturas à mistura

e à modificação, à construção de identidades individuais e sociais. Dimensão semiótica de toda atividade humana, a cultura é vista como um sistema coerente e estruturado de símbolos, e um conjunto de práticas e recursos mobilizáveis para a ação.

A "virada cultural" (*cultural turn*) faz referência a esses movimentos críticos da segunda metade do século XX, que ultrapassaram as fronteiras disciplinares e religaram a crítica cultural às outras esferas das ciências sociais que esses movimentos também influenciaram fortemente.

**3** Ver nota anterior.

**4** As palavras utilizadas no original são "encastré/désencatré/réencastré", que a semelhança do termo "embbeded", no inglês, encontram a melhor tradução por "enraizado/desenraizado/reinraizado".

**5** Ver nota 4.

**6** Nota da redação francesa: a liberdade negativa aqui se refere ao conceito estabelecido por Isaiah Berlin (*Dois conceitos de liberdade*, 1969). A liberdade negativa é a ausência de entraves exercidos pelos outros. Quanto maior for o espaço de não interferência, maior é minha liberdade. Berlin se opõe às filosofias iluministas, das quais ele critica a concepção autoritária de liberdade. Seus trabalho são retomados por Friedrich von Hayek (*The Constitution of Liberty*, 1960; *Law, Legislation and Liberty*, 1973): a liberdade negativa, enquanto ausência de interferência coercitiva, tornar-se-á uma base para do liberalismo econômico.

**7** Para uma discussão mais aprofundada, ver: Nancy Fraser, "Social Justice in the Age of identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation", em Nancy Fraser e Axel Honneth (orgs.), *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres, Verso, 2003.

**8** Nota da redação francesa: O *Family Wage,* ou salário familiar, corresponde ao salário suficiente para alimentar e assumir uma família. Ele se integra ao modelo de um portador de renda, o homem chefe da família (*breadwinner*), que deve sustentar as necessidades de sua esposa no lar e de seus filhos. Integra o programa dos sindicatos na virada do século XIX, e de correntes maternalistas, ele fez objeto de reivindicações específicas – demandar o aumento dos salários para que o assalariado pudesse assumir decentemente suas responsabilidades familiares. O salário familiar difere, então, do conceito francês de "salário maternal", que corresponde à eventual remuneração (pelo Estado) do trabalho doméstico (ao qual a alocação do salário único, no passado, se assemelha).

**9** Por Estados "desenvolvimentistas" (*developmental states*), entendo serem os regimes pós-coloniais novamente independentes, que conduziram projetos específicos no sistema de Bretton Woods. Nos anos 1960 nos países em desenvolvimento, em particular na América Latina, esses projetos se concretizaram através de uma estratégia de controle de importações e de suporte às indústrias nacionais, por um financiamento fundado na apropriação nacional e estatal de excedentes, pela nacionalização de setores chave, por políticas de investimento em infraestrutura e pelo desenvolvimento das despesas públicas, notadamente em educação. Nos anos 1990, no entanto, o neoliberalismo colocou fim a essas políticas. Ao argumentar sobre a ameaça da dívida, o neoliberalismo impõe políticas de ajustamento estrutural que colocou fim à doutrina desenvolvimentista e constrangeu os Estado pós-coloniais a renunciar a seus benefícios, a abrir seus mercados e a diminuir gastos com suas despesas sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOLTANSKI (L.) e CHIAPELLO (É), *Le nouvel Esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.
EINSENSTEIN (H.), "A Dangerous Liaison? Feminism and Corporate Globalization", *Science and Society*, 69 (3), 2005, p. 487-518.
FRASER, (N.), "Women, Welfare and Politics of Need Interpretation" e "Struggle over needs: Outline of a Socialist-Feminist Critical Theory of late-Capitalist Political Culture", em Nancy Fraser (org.), *Unruly Practices: Power, Discourse and Gender in Contemporary Social Theory*, Minneapolis (Minn.) University of Minnesota Press, 1989.

FRASER, (N.), "After the Family Wage: a Postindustrial Thought Experiment", em Nancy Fraser (org.), *Justice Interruptus: Critical Reflexions on the Postsocialist Condition*, Londres, Routledge, 1997.
FRASER, (N.), 2003, "Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition and Participation", em Nancy Fraser e Axel Honneth (orgs.), *Redistribution or Recognition? A Political-Philosophical Exchange*, Londres, Verso.
FRASER, (N.), 2005, *Qu'est-ce que la justice sociale? Reconnaissance et redistribuition*, édition établie et introduite par Estelle Ferrarese, paris, La Découverte.
FRASER, (N.), 2008, "Reframing Justice in a Globalizing World" em, Nancy Fraser, *Scales of Justice: Reimagining Political Space in a Globalizing World,* New York (N.Y.), Columbia University Press e Cambridge UK, Polity Press.
FRASER, (N.), "Feminism, Capitalism, and the Cunning of History", New Left Review, 56, 2009, p. 97-117.
FRASER, (N.) e GORDON (L.), "A Genealogy of 'Dependency': Tracing a Keyword of the US Welfare State", em Nancy Fraser (org.), *Justice Interruptus: Critical Reflexions on the Postsocialist Condition*, Londres, Routledge, 1997.
MARX, (K.) e ENGELS (F.), *Le Manifeste du Parti Communiste*, 1848.
POLANYI, (K.), *La Grande Transformation*, Paris, Gallimard, 1983, (1ª ed., 1944).
RUGIE (J.G.), "International Regimes,
Transactions, and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order", *International Organization*, 36, (2), 1982, p. 379-415.

*Nancy Fraser*

6 East 16th Street, Suite 711
New York NY 10003 USA

frasern@earthlink.net

Henry A. & Louise Loeb Professor of Philosophy and Politics - Chair, Politics Department, at New School for Social Research

ANOTAÇÕES

# EDITORIAL POLICY

**REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)* is a journal that publishes articles, book reviews and essays on several fields of Brazilian, international and global law. It also publishes research works and papers on theory of law, sociology of law, philosophy of law and history of law.

This journal is opened to different theoretical and methodological approaches, including interdisciplinary papers and articles that fall into law & society and law & economics research fields. It also reviews and publishes papers concerned with techniques for teaching law and law research methods.

The 'book reviews and essays' section aims to attract readers' attention to local and foreign books and magazines thus raising critical discussions. Books of academic interest are preferred to those primarily focused on professional use. Essays are format-free, and selected by relevance and novelty. The journal only publishes articles and papers not previously published elsewhere.

### REVIEW

Every article is reviewed by the Editor, who assesses whether or not it fits the journal editorial policy. The article is then sent to two anonymous referees who evaluate qualitatively its content and style in accordance with blind peer review principles. Referees take 45 to 120 days to provide their comments, that will be forwarded to the author for acknowledgment or improvement. In this latter case, a modified text can be sent to the journal to be re-evaluated. Authors will be emailed about the status of evaluation process, being able to access referees' comments on their article. Exceptionally there can be invitations for articles made by the Editor.

### SUBMISSIONS

Articles, essays and book reviews must be written in Portuguese, Spanish or English, and must not have been published elsewhere. They can be electronically sent to **revistadireitogv@fgv.br**, or mailed to **José Rodrigo Rodriguez** at: Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000. In case of submission by regular mail, author must send two printed copies, one of which with no author's identification, as well as a floppy disk with the article in Microsoft Word format (.doc).

We ask authors to inform REVISTA DIREITO GV of any financial support, private or public, and of any financial interest regarding the article that could create conflicts of interest.

**Articles** must have a maximum of 30 pages of 2100 characters. They must also be written according to ABNT (Brazilian Technical Norms Association) standards. Longer papers can be published subject to editor's evaluation.

**Book reviews** must have a maximum of 10 pages of 2100 characters, preferably without footnotes. They must have a title and do not need to be preceded by an abstract.

Suggestions for foreign books and magazines to be reviewed can be sent to the editor by email. **Essays** must have a maximum of 15 pages of 2100 characters.

Papers must be sent to the editor, according to the following guidelines:

### Style

Paper size: **letter (8,5 x 11 in)**
Text editor: **Word for Windows 6.0 or higher**
Margins (left, right, top, bottom): **2 cm**
Font: **Times New Roman, size 12**
Paragraph: **left aligned; space before text: 0; space after text: 12 points; line spacing: double spacing**

### Text

- Title with a maximum of 8 words, uppercase, bold, in either Portuguese and English
- Summary written in Portuguese (or Spanish), with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in Portuguese, left aligned
- Abstract written in English, with about 150 words, left aligned, containing study field, objectives, methodology, results and conclusion
- Five keywords in English, left aligned

**References** must be cited in the body of text, including author's last name, year and page of the publication. Complete bibliography must be presented in alphabetical order at the end of the text, according to NBR-6023.

**Notes** must be cut to the minimum needed and presented at the end of text, sequentially numbered, before bibliography.

**Diagrams, graphs and tables** must present title and source, and be placed at the end of text, after bibliography. Their position must be informed in the body of article, avoiding repetition of information in both chart and text.

**Complementary information** in the same file, author must inform:

- **Page 1:** Title of the article, followed by author's identification – full name, institution, position, full address, telephone and fax numbers and email.

Authors are fully and exclusively responsible for their articles.

All rights, translation included, are reserved. Submission of a paper means the cession of copyrights to **REVISTA DIREITO GV** *(FGV-SP Law Review)*, and the permission to either publish in electronic media and copy for personal research purposes. Full reproduction of articles, book reviews and essays is prohibited. Citation of parts of text without previous solicitation is allowed provided that source is properly identified.

# LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do Direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de Teoria do Direito, Sociologia do Direito, Filosofia do Direito e História do Direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em Direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do Direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

## AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *BLIND PEER REVIEW*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo Editor da revista.

## REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail **revistadireitogv@fgv.br** ou pelo correio (aos cuidados do Editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez,** Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um disquete com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas). Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a Redação com as seguintes características:

**Formatação**
- Folha: **Carta (letter)**
- Editor de texto: **Word for Windows 6.0 ou posterior**
- Margens: **esquerda, direita, superior e inferior de 2 cm**
- Fonte: **Times New Roman, tamanho 12**
- Parágrafo: **espaçamento anterior: 0 ponto; posterior: 12 pontos; entre linhas: duplo; alinhamento à esquerda**

**Texto** a primeira página do artigo deve conter:
- Título, com, no máximo, oito palavras, em maiúsculas e negrito (português e inglês)
- Resumo em português (ou espanhol), com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em português
- Resumo em inglês, com cerca de 150 palavras, alinhamento à esquerda, contendo campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusões
- Cinco palavras-chave, alinhamento à esquerda, em inglês
- Em seguida, deve ser iniciado o texto do artigo

**Referências** devem ser citadas no corpo do texto com indicação do sobrenome, ano e página de publicação. As referências bibliográficas completas deverão ser apresentadas em ordem alfabética no final do texto, de acordo com as normas da ABNT (NBR-6023).

**Notas** devem ser reduzidas ao mínimo necessário e apresentadas ao final do texto, numeradas seqüencialmente, antes das referências bibliográficas.

**Diagramas, quadros e tabelas** devem apresentar título e fonte e ser colocados ao final do texto, após as referências. Sua posição deve ser indicada no próprio texto, constando referência a eles no corpo do artigo. Deve-se evitar a repetição de informações contidas no texto.

**Informações complementares**
no mesmo arquivo, o autor deverá enviar:
- **página 1:** título do artigo; seguido da identificação do(s) autor(es) – nome completo, instituição à qual está ligado, cargo, endereço para correspondência, fone, fax e e-mail.

Os artigos assinados são de responsabilidade exclusiva do(s) autor(es).

Os direitos, inclusive os de tradução, são reservados. A remessa do texto pelo autor implica sobre este a cessão dos direitos autorais para a **REVISTA DIREITO GV**. Permite-se cópias para fins de pesquisa pessoal ou uso acadêmico. A reprodução total de artigos, resenhas e ensaios em outra publicação é proibida. É permitido citar partes dos textos sem solicitação prévia, desde que identificada sua fonte.

v. 7 n. 2 jul-dez 2011

# Direito e desigualdades no século XXI

A MORADIA INFORMAL NO BANCO DOS RÉUS: DISCURSO NORMATIVO E PRÁTICA JUDICIAL
*JOÃO MAURÍCIO MARTINS DE ABREU*: **391**

UNIDADE NA DIVERSIDADE: OS FUNDAMENTOS DO DIREITO COSMOPOLITA E SUA FUNÇÃO NO ESTABELECIMENTO DE UMA MOEDA MUNDIAL
*FERNANDO DOS SANTOS LOPES*: **417**

DISCURSOS DE ÓDIO EM REDES SOCIAIS: JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
*ROSANE LEAL DA SILVA, ANDRESSA NICHEL, ANNA CLARA LEHMANN MARTINS E CARLISE KOLBE BORCHARDT*: **445**

POPULAÇÃO CARCERÁRIA INDÍGENA E O DIREITO À DIFERENÇA: O CASO DO MUNICÍPIO DE DOURADOS, MS
*ROSELY APARECIDA STEFANES PACHECO, RAFAEL CLEMENTE OLIVEIRA DO PRADO E EZEQUIAS VERGILIO KADWÉU*: **469**

ANÁLISIS DE LAS NORMATIVAS INTERNACIONALES SOBRE LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA: INCIDENCIA EN CUBA
*LIUDMILA MORÁN MARTÍNEZ*: **501**

COMIDA E DIREITOS HUMANOS NO PRESÍDIO CENTRAL DE PORTO ALEGRE
*DANI RUDNICKI*: **515**

A ARMADILHA DO TRABALHO: REFLEXÕES SOBRE TEMPO, DINHEIRO E PREVIDÊNCIA
*DANIEL VIANA TEIXEIRA*: **539**

INDÍGENAS URBANOS Y DERECHOS CULTURALES: LOS LÍMITES DEL MULTICULTURALISMO LIBERAL
*DANIEL BONILLA MALDONADO*: **569**

TRADUÇÕES

O QUE É UMA VIDA BOA?
*RONALD DWORKIN*: **607**

MERCANTILIZAÇÃO, PROTEÇÃO SOCIAL E EMANCIPAÇÃO: AS AMBIVALÊNCIAS DO FEMINISMO NA CRISE DO CAPITALISMO
*NANCY FRASER*: **617**

ISSN 1808 - 2432
9 771808 243005