

REVISTA **DireitoUFMS**

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2015 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





Reitora

Célia Maria Silva Correa Oliveira

Vice-Reitor

João Ricardo Filgueiras Tognini

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Yvelise Maria Possiede

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Jeovan de Carvalho Figueiredo

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Ana Paula Martins Amaral

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Luciane Gregio Soares Linjardi

CONSELHO CIENTÍFICO

Andreas Niederberger

Universität Duisburg-Essen, Alemanha

Dinorá Adelaide Musetti Grotti

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Georgenor de Sousa Franco Filho

Universidade do Amazonas - UNAMA, Brasil

Helena Taveira Torres

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC/RS, Brasil

Jesús Lima Torrado

Universidad Complutense de Madrid - UCM, Espanha

Jorge Bacelar Gouveia

Universidade Nova Lisboa - UNL, Portugal

Leonardo Carneiro da Cunha

Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP, Brasil

Leonardo Martins

Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN, Brasil

Luiz Alberto David Araújo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Luiz Otávio Pimentel

Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Brasil

Marcelo Figueiredo

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

Maria Esther Martinez Quintero

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Monica Herman Salem Caggiano

Universidade de São Paulo - USP, Brasil

Pasquale Pistone

Università degli Studi di Salerno, Itália

Pilar Giménez Tello

Universidad de Salamanca - USAL, Espanha

Vladimir Oliveira da Silveira

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Brasil

REVISTA DireitoUFMS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO

Prof.ª Dr.ª Lívia Gaigher Bósio Campello

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

Prof.ª Dr.ª Luciani Coimbra de Carvalho

Faculdade de Direito - Fadir/UFMS

Endereço para correspondência

REVISTA DIREITO UFMS

Universidade Federal do Mato Grosso do Sul

Faculdade de Direito - FADIR

Av. Costa e Silva S/N - Caixa Postal 549 - CEP 79070-900 -
Cidade Universitária - Campo Grande - Mato Grosso do Sul

Telefone: (0xx67) 3345-7251

E-mail: fadir@ufms.br

<http://seer.ufms.br/index.php/revdir>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Coordenadoria de Biblioteca Central - UFMS, Campo Grande, MS, Brasil)

Revista Direito UFMS : revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
[recurso eletrônico] / Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. -
Edição especial - Campo Grande, MS : Ed. UFMS, 2015-.
v. ; 25 cm.

Semestral
ISSN 2447-2336

1. Direito – Periódicos. 2. Direitos humanos – Periódicos. 3. Direitos fundamentais – Periódicos. I. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul.

CDD (22) 342.81085

CDD (22) 342.085

CDD (22) 340.05

CDDir (4) 341.27

SUMÁRIO

EDITORIAL

Lívia Gaigher Bósio Campello
Luciani Coimbra de Carvalho

ARTIGOS

FROM PLURAL WORLDVIEWS TO GLOBAL HUMAN RIGHTS DISCOURSES: ON MULTICULTURALISM, INTERCULTURALISM, AND THE POSSIBILITY OF AN OVERLAPPING CONSENSUS

Amos Nascimento

7

PASADO, PRESENTE Y FUTURO? DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

Javier Chinchón Álvarez

27

O IMPACTO DO TERRORISMO NOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS MEDIDAS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TERRORISMO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Guilherme Berger Schmitt

39

A INFLUÊNCIA DO BIOPoder NA ECONOMIA: O TEMPO LIVRE VIGIADO E CONSUMIDO

Marcela Andresa Semeghini Pereira

67

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM, EVOLUÇÃO, PRECURSORES DOUTRINÁRIOS E SEU PERFIL GERAL

Ronaldo Chadid

87

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO SOCIAL DE MORADIA: A POSSE COMO EXPRESSÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA

Gilson Erreира

113

A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO EM UM MUNDO GLOBALIZADO: A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	137
Lourival José Oliveira	
A INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE INCIDÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS	165
Jorge Alberto Silva de Melo	
Valmir César Pozzetti	
ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA	189
Larissa Alderete	
Nilton César Antunes Da Costa	
O JULGAMENTO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE SERES HUMANOS EM FACE DA FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 109 §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	213
Renata Facchini Miozzo	
Rejane Alves de Arruda	
LINHA EDITORIAL	237

EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as) e mestres (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas – SEER, software disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método Double Blind Peer Review. Além disso, conta com a gentil contribuição dos ilustres estrangeiros convidados, professores Amos Nascimento e Javier Chinchón Álvarez, pesquisadores vinculados respectivamente à Universidade de Washington e Universidade Complutense de Madrid.

Cumpre-nos reafirmar que com enfoque nos objetivos de criar um vasto campo de discussão e aproximação dos Direitos Humanos e Fundamentais; oferecer aos estudiosos uma visão atualizada das principais problemáticas jurídicas a serem enfrentadas pelas sociedades contemporâneas; fomentar e disseminar, de modo sistematizado, os estudos científicos realizados nessas áreas; a Revista Direito UFMS possui a missão de inserir as produções científicas de autores (as) convidados (as) nacionais e estrangeiros, do corpo docente e discente da UFMS e demais alunos (as), docentes e pesquisadores (as) das mais diversas instituições de ensino do Brasil e exterior.

Trata-se de uma publicação semestral e eletrônica, apoiada pela Faculdade de Direito – Fadir/UFMS e pelo seu Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito junto à CAPES/MEC, bem como aos padrões exigidos nos indicativos do sistema Qualis Periódicos.

Nesse sentido, a revista que temos a honra de apresentar traz trabalhos científicos inéditos, de autores (as) nacionais e estrangeiros, respeitando-se as regras vigentes de exogenia/endogenia. Além disso, os artigos foram avaliados pelo método do sistema Double Blind Peer Review, em que a avaliação é feita por

docentes que desconhecem os (as) autores (as), assim como os (as) autores (as) desconhecem seus docentes avaliadores. Para se evitar o plágio, futuramente os artigos serão registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI.

Nós, editoras da Revista Direito UFMS, orgulhosamente, compartilhamos com todos (as) que acessam a revista, as valiosas contribuições que aqui revelaram uma excelente articulação com o eixo temático proposto pelo Conselho Editorial.

Nosso especial agradecimento a todos (as) que trouxeram suas análises e reflexões por meio de artigos científicos.

Novamente, desejamos uma excelente leitura!

Campo Grande, verão de 2015.

Lívia Gaigher Bósio Campello e Luciani Coimbra de Carvalho
Coordenação editorial da Revista Direito UFMS

FROM PLURAL WORLDVIEWS TO GLOBAL HUMAN RIGHTS DISCOURSES: ON MULTICULTURALISM, INTERCULTURALISM, AND THE POSSIBILITY OF AN OVERLAPPING CONSENSUS

DAS COSMOVISÕES PLURAIS AOS DISCURSOS GLOBAIS DOS DIREITOS HUMANOS: SOBRE MULTICULTURALISMO, INTERCULTURALISMO E A POSSIBILIDADE DE UM CONSENSO SOBREPOSTO

Amos Nascimento

Associate Professor of Philosophy at the Interdisciplinary Arts & Sciences program. University of Washington, Tacoma.

Autor convidado

Abstract: This paper discusses the implications of a pluralistic approach to human rights and cosmopolitanism. This goal is pursued in a few steps. First, I introduce the topic of pluralism in terms of multicultural plurality and intercultural plurality in light of Karl Jaspers' philosophy of the Axial Age, which is a way of recognizing a variety of cultural and religious worldviews. Second, I turn to philosophers such as John Rawls, Martha Nussbaum, and Charles Taylors in order to discuss the possibility of an overlapping consensus among different cultural and religious views and postulate that they see this possible unenforced consensus as a way to affirm the universality of human rights. Finally, I offer a proposal for a more plural approach to human rights in which the affirmation of plurality of cultures is not seen as incompatible with universality of human rights. I conclude that one way of moving beyond particularism to affirm universality is to differentiate between multicultural plurality and intercultural plurality, which are complementary ways to recognize, support, and promote human rights around the world.

Keywords: Human Rights; Multiculturalism; Interculturalism.

Resumo: Este artigo discute as implicações de uma abordagem pluralista dos direitos humanos e o cosmopolitismo. Esse objetivo é perseguido em algumas etapas. Primeiro, introduz o tema do pluralismo em termos de pluralidade multicultural e intercultural à luz de Karl Jaspers, que é uma forma de reconhecer uma variedade de visões de mundo sobre cultura e religião. Em segundo lugar, dirige-se a filósofos como John Rawls, Martha Nussbaum e Charles Taylor, a fim de discutir a possibilidade de um consenso sobreposto entre os diferentes pontos de vistas sobre cultura e religião e postula que haja esse possível consenso como uma maneira de afirmar a universalidade dos

direitos humanos. Finalmente, oferece uma proposta para uma abordagem mais plural dos direitos humanos em que a afirmação da pluralidade de culturas não é vista como incompatível com a universalidade dos direitos humanos. Conclui que uma forma de ultrapassar o particularismo para afirmar a universalidade é diferenciar a pluralidade multicultural e intercultural, que são maneiras complementares para reconhecer, apoiar e promover os direitos humanos em todo o mundo.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Multiculturalismo; Interculturalismo.

Summary: I. A Possible Model of Global Plurality: Worldviews and the Axial Age; II. Overlapping Consensus: From Plural Worldviews to Universal of Human Rights; III. Politics, Law, and Plural Worldviews in relation to Human Rights. References.

To talk about “multiculturalism, interculturalism, and human rights” requires us to consider a thematic relationship that is very polemic in mainline academia. These themes are separated according to specific contexts and areas of expertise, indicating the lack of a more global and interdisciplinary approach capable of articulating politics, law, social issues, and cultural realities in a wider framework. Each of these topics corresponds to areas that are now being questioned on various grounds – as seen in the critique of constitutional privilege and the promotion of cultural rights, including religious expressions. Yet, these polemic issues have been addressed more systematically by philosophers such as John Rawls, Jürgen Habermas, Judith Butler, Charles Taylor, Jacques Derrida, Martha Nussbaum, Hilary Putnam, and Giorgio Agamben, among many others who are now opening the way for a questioning of the incompatibility between the recognition of plurality and the affirmation of the universality of human rights. The recent philosophical interest in a multicultural approach to human rights is a response to the “fact of pluralism” and the “reality of globalization.” Multicultural societies have made room for the recognition of a variety of cultural and religious views linked to minority groups that claim the right to express their identity and beliefs in the public sphere. It is, therefore, in light of this wider context that we can talk about “multiculturalism, interculturalism, and human rights.”

Having established the current importance of this theme, its polemic implications, its impact on recent philosophical positions, and my own approach to this series of factors, I will now pursue this subject according to three steps.

First, I introduce the topic of pluralism in terms of multicultural plurality and intercultural plurality, which is a way of recognizing a variety of cultural and religious worldviews. Second, I discuss the possibility of an overlapping consensus among different cultural and religious views and postulate that many authors see this possible consensus as a way to affirm the universality of human rights. Finally, I conclude with a proposal for a more plural approach to human

rights in which the affirmation of plurality of cultures is not seen as incompatible with universality of human rights, but rather constitutive to it.

1. A POSSIBLE MODEL OF GLOBAL PLURALITY: WORLDVIEWS AND THE AXIAL AGE

My initial task is to present a wider interdisciplinary discussion on the compatibility of a *plurality of cultural and religious worldviews* with the *universality of human rights*. Before I delve into this topic, I want to step back and take Karl Jaspers' definition of the Axial Age as the starting point for a consideration of this theme. I have at least two reasons for this initiative. First, Jaspers was one of the first in the attempt to perform a "decentering" of Eurocentric views; second, he provides us with an interesting suggestion about the simultaneous development or co-originality of philosophical and religious worldviews. Despite some of Jaspers' limitations, the concept of axial times has been reassessed today by many authors and has an important role in conceptions of cosmopolitanism, human rights, religion, and post secularity.

Karl Jaspers began his career by publishing a psychological analysis of "worldviews" [*Weltbilder*] and contrasting them with a philosophical "global intuition" [*Weltanschaung*]. In his book *Psychology of Global Perspectives* [*Psychologie der Weltanschaungen*] he defines worldviews as patterns based on particular environments which enable an individual to make sense of objective reality, even under conditions of psychopathology (1919:122). Individuals follow such cultural patterns that formalize their experiences, define what counts as an authentic life, and help them to pursue their existential goals. In contrast, Jaspers conceives of a "global intuition" as something universal, as a philosophically defined comprehensive framework that corresponds to "the highest manifestations of the human being" (1919:1). It is not surprising, therefore, that the first volume of Jaspers' book on philosophy has the subtitle "Philosophical global orientation" [*Philosophie 1: Philosophische Weltorientierung*] (1932). In this book, he concludes that such philosophical comprehensive frameworks orient our global orientation and require both our acknowledgement of the ethical and religious elements at the core of worldviews and the realization that these worldviews are always in communication (1932:392; see Alessiato 2011).

Jaspers' considerations on the worldviews and global perspectives of groups and civilizations are registered in *Origin and Goal of History* [*Ursprung und Ziel der Geschichte*]. In this book he defines the Axial Age or the axial times [*Achsenzeit*] as "the period around 500 BC, in the spiritual process that occurred between 800 and 200 BC" (1949:1), a time in which "a common framework for

the historical self-understanding" of humans evolved. He characterized this as "an age in which the basic categories emerged, based upon which we still define our thinking" (1949:19-20). Also here he highlights the plurality of collective worldviews and a positive relationship between religious and philosophical conceptions. He describes the Axial Age not necessarily as a moment but rather as a process of moving from myths to a more abstract and speculative process [*Vergeisterung*] that led to the origins of philosophy. Yet, he does not see this process as a necessary development, but rather as a rupture that could be observed simultaneously and independently in several high cultures [*Hochkulturen*] and geographic regions such as Persia, India, China, and Greece. His approach is realist enough to acknowledge drawbacks in the history of civilizations but at the same time affirm the possibility of an evolution in human rights and solidarity. For instance, he affirms that "one of the preconditions for of humanity is human solidarity, illuminated by natural and human law, continually betrayed and for ever presenting its demands afresh" (1949:43).

Although Karl Jaspers has been characterized today as "a neglected thinker" (Tornhill 2011), his thought on the Axial Age and on the plurality of worldviews has recently gained renewed attention. First, there have been several critiques of his views, including the charge that he simply generalizes an implicit understanding of Christian religion upon other cultures, that he is limited by the Eurocentric perspectives of his times, and that he does not include Africa in his schema of world history (Black 2008). Yet, as Hauke Brunkhorst has stated, despite these criticisms – which are to be taken seriously – we can at least assume that Jaspers's approach has helped to perform a decentering of perspectives that is helpful today. Second, the concept of Axial Age has been reassessed more approvingly in several ways: Shmuel Eisenstadt led a series of initiatives to study the presuppositions and current impact of the axial civilizations and other civilizations in the preaxial times – such as Egypt and Mesopotamia (1986); Samuel Huntington recognized the plurality of civilizations and their role in a multipolar world, even though he concluded that this plurality would lead to a "clash of civilizations" (1996:28, 41–55, 183f.); sociologists have reinterpreted the axial times to make sense of the tensions between secularism and postsecular societies (Bellah and Joas 2012). Finally, Jaspers's philosophy has been used to reflect on the intrinsic plurality of perceptions about *humanity* which influence various conceptions of *human rights*. For Jim Bohman, recent discussions about human rights have given much more emphasis on the meaning of *rights* than to the meaning of *human* because references to human worth, human dignity, and human needs have a religious dimension that is deemed too metaphysical or weak as a justification for the universality of human rights (Bohman 2007:101f., 105). Bohman relies on

Jaspers and also on Hannah Arendt to provide an insightful distinction between humanness and humanity and qualify the status of what is “human” in human rights. In this process, he insists that the plurality of worldviews leads to a plurality of political communities – identified as *dēmoi* – which may offer alternative self-understandings of modern democracy and the corresponding variety of legal frameworks (Bohman 2007).

Based on all the above, I conclude that Jaspers’ theory can help us set the stage for a discussion about a multicultural understanding of human rights and plural worldviews. If he is right, contemporary views on human rights are built upon deep foundations that can be traced back in centuries and millennia, leading us back to the cultures of the axial times, and revealing cultural as well as religious presuppositions to philosophy, politics, and law. Taking these cultures into consideration help us to acknowledge the variety of contemporary worldviews and recognize their plural values. Still, a question remains: Is it possible to arrive to universality based on this affirmation of pluralism? Today, this question concerning the plurality of worldviews and their relationship to religion, politics, and law is being affirmed by authors as diverse as John Rawls, Martha Nussbaum, Hans Küng, Jacques Derrida, Abdullahi An-Naim, Charles Taylor, Seyla Benhabib, Jürgen Habermas, and many others. Having taken Karl Jaspers’ definition of the axial times as a way to affirm the importance of global plurality, now I want to focus on three specific contemporary authors who propose different ways of arriving to an “overlapping consensus” among global philosophical and plural worldviews. They provide important concepts that help us make sense of the relationship between human rights, communities, and what I define as multicultural and intercultural plurality.

2. OVERLAPPING CONSENSUS: FROM PLURAL WORLDVIEWS To UNIVERSAL OF HUMAN RIGHTS

Karl Jaspers’ definition of the Axial Age offers us an initial of map of global cultures which can be worked out and expanded. Based upon this map we can affirm the simultaneity of philosophical and religious worldviews as well as the importance of global plurality from the beginning. This serves as framework within which we can insert current discussions about human rights. In this section, I attempt to trace how John Rawls, Martha Nussbaum, and Charles Taylor address religious themes in their work and defend the possibility of an *overlapping consensus* among different worldviews.

This step is important for several reasons. First, these authors try to answer the question concerning the possibility of upholding universality amidst the re-

cognition of plurality, including the plurality of religious groups and convictions. Second, they avoid top-down approaches by understanding universality as the result of bottom-up and more democratic “overlapping consensus” that emerges from an intercultural dialogue among representatives of different cultural and religious traditions. Third, they reveal in their own writings how cultural and even religious elements can operate as underlying backgrounds that influence contemporary philosophical positions. Finally, they provide a good example for the very point I am trying to make because they seem to arrive to an overlapping consensus regarding the possibility of affirming the universality of human rights, even though they arrive at this similar conclusion through different ways and means.

2.1. FROM THE FACT OF PLURALISM TO AN OVERLAPPING CONSENSUS

In political philosophy, Rawls has been one of the first to take comprehensive worldviews into account, challenge the role of religious views in politics, but nevertheless propose the possibility of an overlapping consensus about basic values brought forth by such views. Although Rawls' *A Theory of Justice* states that justice should not be considered as a common good given by nature or dispensed by God – as traditional societies believe – but rather as a “way in which the major social institutions distribute fundamental rights and duties and determine the division of advantages from social cooperation” (Rawls 1971: 7), he later provides more room for cultural and religious considerations as well as reflections on how this relates to human rights.

A clear initial movement in this direction can be observed in his article “Justice as Fairness: Political not Metaphysical” (1985), where he refers to the Protestant Reformation and the religious wars over conflicting conceptions of the good as a problem whose solution required religious tolerance and a more unbiased political conception of justice. Based on this example he defines justice as fairness and envisions it as the practical agreement among free and equal citizens within a democratic regime, an agreement that requires us to “to avoid disputed philosophical, as well as disputed moral and religious, questions” (1985:230). Accordingly, social cooperation cannot emerge from God’s law or from the affirmation of comprehensive moral doctrines, but rather from the impartial perspective of the “original position” in which individuals refrain from expressing their contingencies and worldviews by assuming the “veil of ignorance” (1985:235).

In a second moment, registered in “The idea of an Overlapping Consensus” (1987), we observe a clearer turn to pluralism as Rawls moves beyond this initial

proviso and affirms the possibility of a wider agreement among plural worldviews through a process in which “different and even conflicting doctrines affirm the publicly shared basis of political arrangement,” even if they accept justice as fairness for different reasons (1985:246, 248-249; 1987:4). Religious views are one example of comprehensive doctrines that can be acceptable if they do not contradict political expectations of religious tolerance and of the right to individual “liberty of conscience.” This accommodation indicates an important step towards the recognition of differences, but as Will Kymlicka argues, in order to search for an unbiased standpoint Rawls provides a somewhat biased account of tolerance that does not account for plural group rights (1992).

These considerations are then expanded and synthesized in *Political Liberalism*, where Rawls continues to reject metaphysics but accommodates the plurality of opposing and incommensurable conceptions by accepting the “fact of reasonable pluralism” (1993:36). Also here he has much to say about religion, especially as he defines moral, philosophical, and religious “background cultures” as comprehensive doctrines with similar standing (1993:37-43). While he continues to insist on the primacy of a political conception of liberalism, he now adds the possibility of accepting such comprehensive doctrines as part of a possible consensus, provided that they are translated into a free-standing political conception of justice compatible with constitutional democratic principles (1993:59). This “overlapping consensus” should not be confused with the despotic *consensus* of Catholic universalism (1993:xxif.) but postulated as a *political* conception of justice that can be accepted by different religious, cultural and philosophical views – under the condition that these views are “reasonable” (1993:36-37). One interesting point is that Rawls comes closer to Jaspers when he distinguishes between “fully comprehensive” and “partially comprehensive” views. He is more concerned with the former and the possibility of translating fully comprehensive claims into constitutional principles. This can be seen, for example, in the case of a religious doctrine that affirms liberal political values such as the principle of toleration and liberty of conscience. Modern society allows for a learning process in which citizens may uphold both the principles of justice recognized in constitutional democracies and other cultural and religious views: “Should an incompatibility later be recognized between the principles of justice and their wider doctrines, then they might very well adjust or revise these doctrines rather than reject those principles” (1993:160). Even though Rawls subsequently provides slight revisions of this requirement, the general point remains roughly the same: “reasonable comprehensive doctrines, religious or non-religious, may be introduced in public political discussion at any time, provided that in due course proper political reasons – and not reasons given solely by comprehensive doctrines – are presented that are

sufficient to support whatever the comprehensive doctrines are said to support" (1997:783).

This understanding has profound implications for Rawls' conception of human rights. In *The Law of Peoples*, where he goes from the national application of political liberalism to its implementation in the international arena – thus being more directly confronted with a much wider plurality of conflicting comprehensive doctrines – he tends to see human rights as an extension or generalization of liberal principles (1999:37). Although he does make room for other political cultures of "decent peoples" in hierarchical societies and acknowledges the plight of "burdened societies, "in the end religious views are unimportant for him. On the one hand, he says, "liberal peoples by their constitution have no religion – they are not confessional states – even if their citizens are highly religious, individually or together" (1999:24, 47); on the other, he even adds that "the fact that women's status is often founded on religion, or bear a close relation to religious views, is not in itself a cause of their subjection, since other causes are usually present" (1999:110). This is surely a controversial point, among many others he affirms in *The Law of Peoples*, which are criticized by several authors.

Let us focus on the issue of religion and secularization. The point that religious views can be taken into account only if they are translated into the acceptable language of political liberalism may be valid as a description of particular regions in contemporary United States – such as New England or the Northwest. This cannot be generalized, much less globally. One may ask: Are there cases in which political principles are adapted in order to accommodate religious views? Also in the United States we find many examples of this practice, as shown by Robert Bellah in his analysis of "civil religion" (1967). Rawls could counter-argue that he is not proposing a description but rather a normative framework, a proposal on how society should be. Still, my point is that this normative ideal emerges historically from a particular comprehensive view whose roots can be identified with specific religious views regarding individuality which are indebted to European Protestantism and this conception of individuality and eventually became enshrined in a constitution. Therefore, one may characterize a kind of "constitutional privilege" of Protestantism in the United States, despite all the efforts of the Founding Fathers to frame the Constitution from a more impartial point of view. Let me expand on this point: If Christianity has a constitutional privilege in the constitutions of Western democracies, this would not be much different from incorporating *shari'a* law into constitutions of Islamic countries or upholding Confucian values as core to the political system in China. This may explain why there are various examples of legal cases, court decisions, and political practices in the United States that implicitly and explicitly reiterate mainstream

Protestantism as the norm from which minority religions or non-religious individuals and groups deviate, although the American Constitution promotes the free exercise of religious freedom and the separation of church and state as impartial measures.

I am not necessarily questioning individuality, but rather affirming that the value of individuality cannot be taken for granted. If this religious infiltration into legal and political language seems unavoidable, then it may be better to be open and upfront about it, submitting these contingencies to public scrutiny as well. In fact, today we can see that there are clear religious presuppositions to many of Rawls' concepts. With the posthumous publication of his undergraduate thesis at Princeton University, much light has been shed on his religious views as well as the implicit worldview guiding his philosophy. From today's perspective, it is possible to trace his views on justice and morality to his senior thesis, *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith: An Interpretation Based on the Concept of Community* (2009). This text was subject to analysis in an introduction by Thomas Nagel and by other authors who reveal the likely religious roots of his deontological approach and his emphasis on basic individual rights (Gregory 2007; Habermas 2012:257–276). However, an important point in his views at this early stage of his thinking is the definition of an ethical standpoint based on the Christian doctrine of love. This means that Rawls relies on a comprehensive doctrine to establish the interdependence between individual and community and criticize an egotistical “bargain-contract society” that uses other people as means and creates a state of fear and distrust (Rawls 2009:110–113, 229). Based on this assumption, Rawls affirms the importance of a religious community and states clearly that “Christian morality is morality in community, whether it be the earthly community or the heavenly community [...] This fact means that man can never escape community, and therefore is always responsible and always under obligations” (Rawls 2009:122).

This conclusion appears to be in radical contrast with the framework Rawls established in *A Theory of Justice* (1971) and *Political Liberalism* (1993) because in previous works he questions metaphysical assumptions, upholds the separation of church and state, and replaces the religious premises of the Golden Rule with a principle of fairness. Yet, as Thomas Nagel recognizes, there is a common thread in all these proposals, which is the search for a comprehensive outlook about the social world which can also be interpreted in their relation to religious terms (Nagel, in Rawls 2009:5). For instance, Rawls' earlier views on the absolute value of the individual and the universal-egalitarian ethical obligations promoted through the Christian religion (Habermas 2012:57) are presented in *A Theory of Justice* by using the corresponding concepts of “person” and “society.

"Instead of having God as the instance for societal stability, this role is shifted to the institutions of a democratic and well-ordered society.

What can we learn from this? Although the subtle changes observed above, from *A Brief Inquiry into the Meaning of Sin and Faith* through *A Theory of Justice* to *Political Liberalism* and *The Law of Peoples* can be interpreted as a learning process and a progressive translation of religious categories into impartial political concepts, the fact that Rawls later makes room for comprehensive views actually puts him back on track and offers an important insight regarding multicultural and postsecular societies. We can actually find a coherent line in his works, which indicates a possible compatibility between religious worldviews and the views of a secularized liberal state. What we need are better global criteria to evaluate the issues at stake. A possible overlapping consensus on the universality of human rights can serve as reference for this task.

2.2. RELIGIOUS DIVERSITY AND THE CONSENSUS AROUND A CONSTITUTIONAL FRAMEWORK

From a legal perspective, Martha Nussbaum brings more compelling arguments for the possibility of being upfront about religious issues, accommodating these issues into the legal framework of a liberal society, and promoting plurality and human rights beyond national limits. Although she criticizes Rawls' views on human rights, especially because he uses a limiting "language of rights" and allows for discriminations against women when he accepts the legitimacy of decent nonliberal peoples in the hypothetical land of Kazanistan (Nussbaum 2006), she agrees with Rawls' definition of justice as fairness and his proposal for an overlapping consensus. Moreover, instead of going around the issue of religion, as Rawls seemed to have done in his approach to this subject, she addresses the relationship between politics, religion, and law head on, focusing on religious equality and the right to freedom of conscience as conditions for a fair multicultural society (2008:62). She thus addresses important points that seem to be missing in political liberalism and complements her own previous writings by explicitly addressing questions of religious identity and convictions.

First, in her writings on human rights, Nussbaum questions the limits of the liberal discourses emphasizing "rights" and insists on the need to highlight the human dimension at play in global human rights, including the role of emotions, the dimension of sexuality, and the acceptance of disabilities (Nussbaum 2000, 2004b). Moreover, she questions whether only impartial individuals have rights and adds groups and particular gendered identities into the discussion. She starts with the assumption that humans are not necessarily equal (2001a:212–213),

but have differences that need to be recognized and compensated in certain situations, so that individuals and groups such as women, peoples with disability, and ethnic or religious minorities may be able to pursue their full potential as humans (2001b:97–98), claiming rights to life, bodily health, senses and imagination, emotions and friendship, and play and control over one's environment (2001b:98–101). Because the liberal language of rights is limited and fails to address these issues, Nussbaum develops her “capabilities approach” (2001b).

Second, Nussbaum also expands human rights by relating it more directly to cosmopolitanism, which prompts her to question patriotism and criticize the limited scope of a national constitutional framework (1996). As Nussbaum has reminded us, one of the earliest and most important references to human rights is the cosmopolitanism of Diogenes of Sinope, who was one of the first to express the idea of being a citizen of the cosmos while bound by local contingencies (Nussbaum 1997). According to this view, humans are citizens of two communities: “The local community of our birth and the community of human argument and aspiration” (Nussbaum 1997:29). It is in light of these premises that we can understand how Nussbaum performs a turn to religion similar to Rawls', but with an even greater commitment to pluralism and group identity.

Finally, in her book *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (2008), Nussbaum expands the framework once more. She starts by explicitly affirming her identity as a Christian who later converted to Judaism and as a scholar who studies India and is familiar with the struggle of Hindu, Buddhist, and Muslim immigrants to the United States (2003:9-39; 2008:14). Based on the evidence that these religious minorities suffer discrimination and are targeted with extra burden when their convictions clash with the existing legal framework influenced by the Protestant culture in the United States, Nussbaum upholds the American tradition of “liberty of conscience” since the works of Roger Williams in the 17th century (2008:19-20, 51-58). Also here she needs to come to terms with political liberalism. For instance, she challenges a strict separation between church and state because this would lead to a situation of profound unfairness and promote an unfounded aversion to or marginalization of certain religious expressions (2008:11). Her argument, therefore, is that an implicit constitutional privilege contradicts the principles of justice proposed by Rawls. In her interpretation, the separation of church and state should be a device to protect minority religions and avoid that groups such as evangelical Christianity affirm their ideology as the state religion in the United States.

After historical considerations that lead to an analysis of how religious liberty was framed in the Constitution of the United States, Nussbaum dis-

cusses the needs of religious minorities – such as Quakers, Mennonites, Jews, and Amish, Mormons, Muslims and Jehova Witnesses –, especially when their beliefs conflict with the government requirements such as military service, revelation of private confessions, and the observation of particular holidays (2008:116-130). There are many cases involving conflicts between religious minorities and constitutional clauses aiming at accommodating differences, but constitutional processes have a tendency to penalize those who cannot articulate their claims well because they are foreigners, immigrants or minorities who do not master the “language of rights.” These groups do not have the privilege of having their worldviews projected onto the Constitution. Moreover, initiatives such as the “Pledge of Allegiance” (2008:199-214) and educational policies that impose a particular evangelical culture in public institutions, especially in the area of education, disrespect the culture of minority groups and contradict the liberal precept of liberty of conscience (2008:224ff.).

What would be the difference to highlight between Nussbaum and Rawls? In the end, Nussbaum reaffirms the primacy of political liberalism and its commitment to uphold fairness (2008:172-173), but she attempts to make it more compatible with an explicit commitment to religious equality. She sides with Rawls and accepts the idea of an “overlapping consensus” because “citizens themselves will rarely separate their understanding of the political conception from the comprehensive doctrine they love” (2008:362). Also, she considers this turn compatible with her previous work, not only because “liberty of conscience” has its background in Stoic philosophy and cosmopolitanism (2008:76-84), but also because there is a legal tradition in American culture that shows an ongoing process of more than 400 years to guarantee freedom of religion. Precisely due to this legacy, citizens need to be vigilant and avoid that this process be undermined by changing political circumstances. Nussbaum is careful enough to add a proviso that her focus on American culture is not an exercise in patriotism, but rather a celebration of the depth and ethical value of American constitutional tradition (2008:32). Yet, it is fair to say that she stops short of providing a model to promote an overlapping consensus beyond this particular context. Moreover, she does not account for cases of legal pluralism in which the precepts of different constitutional frameworks clash and require a higher instance to address such intercultural conflicts. This shortcoming gives me the opportunity to introduce Charles Taylor and review his conception of multicultural and intercultural plurality as well as his postulate of a possible universal consensus on human rights involving Western and non-Western cultures. This brings us back to the points developed earlier by Karl Jaspers.

2.3. THE SECULAR AGE, MULTICULTURALISM, AND THE INTERCULTURAL CONSENSUS ON HUMAN RIGHTS

Charles Taylor not only establishes a clearer dialogue with Karls Jaspers' idea of axial times, but also criticizes Rawls' liberalism and expands some of the points brought up by Martha Nussbaum regarding religious identity. Differently from them, however, he clearly affirms his hermeneutical conditionings from the beginning, controversially stating his identity as a practicing Catholic in a multicultural society as Canada. He affirmed his position early enough, in his debates on Marxism and secularization (Taylor 1958, 1960), and then radicalized a confessional tone in later writings (2007). Taylor raises provocative and controversial apologetic claims in relation to Latin Christianity, but his position has the merit of identifying hidden religious premises in accepted social developments, presenting challenges to secularism and secularization theories, and proposing the concept of "immanent frame" as the wider "context in which we develop our beliefs" (2007:549).

A first important point to reiterate is that Taylor is never shy of the deep religious roots that inform his motivations. He presents them by means of philosophical arguments indebted to the hermeneutic tradition that goes from the so-called three H's—Johann G. Hamann, Johann G. Herder, and Wilhelm von Humboldt – to the theories of meaning in Wittgenstein, Heidegger and Gadamer (Taylor 1985a). These philosophers provide him with a tool to question the overly individualistic and instrumental views of modernity in political liberalism, which occlude the anthropological conditionings of the self, forget how individual agency and identity depend on the particular language and culture of a localized historical experience, and lead to a loss of meaning, cultural expressivity, and freedom (Taylor 1991:1-12, 25-30). This leads to his differences with Rawls. Because Rawls' liberalism is the political heir of these modern views, he is the constant target of Taylor's critique: He questions liberal "atomism," "rejects ethical subjectivism, and opposes the primacy of individualistic rights over collective conceptions of the good (1985b:187-209; 1995:181-202). Moreover, he takes the concepts of freedom and "recognition" [*Anerkennung*] from Hegel to develop a proposal for identity politics and group rights (Taylor 1975; Taylor and Gutman 1992).

Second, this leads to both his proximity and difference in relation to Nussbaum's position. With his proposal for group rights, Taylor's conception of communitarian plurality is not limited to a given tradition but expanded into both *multiculturalism* and *interculturalism*, a move inspired by the particular case of Québec and the constitutional debates for a multicultural Canada in the 1960s, which he connects to other facts and events in Europe (Taylor and Gutman 1992;

2012). He does agree with the importance of equality. For him, “equal recognition is not just the appropriate mode for a healthy democratic society. Its refusal can inflict damage on those who are denied it” (Taylor and Gutman 1992:36). However, he does not think impartiality is the answer. Rather, the antidote to inequality is a “politics of difference” that recognizes distinctions, opposes assimilation, and creates affirmative policies to avoid or rectify oppression (1992:58). In this regard, Taylor and Nussbaum seem to agree, but Taylor goes a bit farther.

Third, Taylor affirms that “some of the reasons that make interculturalism right for Quebec apply also to some European countries” (2012:422) and amplifies his communitarianism to the international level. For sure, Taylor is still bound to a North Atlantic context that cannot be generalized. Intercultural dialogue is not simply internal to the Canadian society or the North American context, with interesting parallels in Europe. Nevertheless, he does mention the Turkish guest workers [*Gastarbeiterinnen*] in Germany who want to be integrated in terms of citizenship but also want to maintain their cultural and religious identity. He also advances a discussion about an intercultural “consensus on human rights” in Asia (1999:124-144). In his view, the recognition of different cultural, religious, and philosophical worldviews has become available for renewed interpretation, appropriation, and renewal. By making sense of the intercultural interaction among different communities and cultures, he envisions the acceptance and implementation of human rights in non-Western societies that have denounced human rights as a Western imposition. The acceptance of the universality of human rights requires, however, an appropriate philosophical justification that recognizes the particular historical and cultural context in which human rights are being applied (1999). This can be done, according to Taylor, if we differentiate the legal understanding of human rights in liberalism from the deeper philosophical worldviews that underlie distinct legal frameworks. As we have seen, this question leads invariably to a discussion about religious worldviews.

Finally, all these elements are brought together in his account of religion and the secular age. *A Secular Age* begins by viewing secularity in way that encompasses the various forms of secularism and secularization implicitly mentioned by Rawls and Nussbaum. Taylor defines them as follows: “secularity 1” corresponds to the privatization of religion, “secularity 2” is the decline of religious practice in general, and “secularity 3” is the recognition that religious beliefs can be challenged and, therefore, need to be justified in relation to the “whole context of understanding in which our moral, spiritual, or religious experience and search takes place” (2007:2-3). Due to his own hermeneutical conditioning, Taylor concentrates on his own culture as an example, attempting to reveal the underlying foundations of his own thinking. The search for underlying worldviews has

taken various forms in Taylor's work. One example is his research on the sources of the "Self" in modern Europe, in which he reveals a particular conception of the human being that places higher value on individuality and defines society in terms of a contractual agreement among individuals who are endowed with rights (1989), but at the same time he recognizes that the goal of having an individual as the subject of rights and of establishing the foundations of society on mutual cooperation and a legal order has been achieved in other societies by other means (Taylor 1999:134). Another example is his narrative about the "secular age, "in which he shows the evolution of worldviews as "social imaginary, "reveals a "disembedding" process through which a particular Protestant conception of individuality influences society in such a way that "society itself comes to be re-conceived as made up of individuals" (2007:146), and . Also here, he criticizes Rawls and political liberalism for not recognizing their own particular religious worldview and the fact that other cultures have other contingencies. Nevertheless, Taylor agrees with Rawls' proposal for an overlapping consensus as a means to affirm the universality ethics, democracy, and human rights (2007:532). This consensus requires, however, that we acknowledge "the immanent frame, "which is the conditional "sensed context in which we develop our beliefs" (2007:13). For Taylor, the very idea of a secular age is the result of a religious development that we should not neglect.

Despite the impressive breadth of his philosophical interests and the scope of his considerations on the secular age, many criticisms can be brought against Charles Taylor. For instance, many see his views as too apologetic. Moreover, his historical reading of Latin Christendom appears selective (Butler 2010:193f.), for he does not include, for example, the developments of Catholicism in Latin America or Eastern Europe. Also, he fails to account for the colonial component in his historical narrative, not realizing that what he cherishes as "Latin Christendom" is the result of the encounter with heterogeneous cultures (Mahmood 2010:285). This brings us back to the beginning of my discussion about the plurality of worldviews and the possibility of affirming their universality, provided that we avoid these types of biases by recognizing global plurality from the beginning. This is what we can learn when we compare these ideas with Karl Jaspers' decentered model of co-original philosophies and religious during the axial times. In fact, Taylor explicitly refers to the Axial Revolution to question the primacy of individual rights and affirm that "perhaps the most fundamental novelty of all is the revisionary stance towards the human good in Axial religions" (2007:152). This assertion cannot be made *en passant*, but needs to be affirmed from the beginning, so that we maintain plurality as a critical condition for a legitimate overlapping consensus.

3. POLITICS, LAW, AND PLURAL WORLDVIEWS IN RELATION TO HUMAN RIGHTS

Going from Rawls through Nussbaum to Taylor we can have a glimpse of various arguments for the recognition of a *plurality of cultural and religious worldviews* and the concomitant assumption of a possible “overlapping consensus” among different traditions that could accept the *universality of human rights*. Based on their positions, this consensus is only possible if human rights are not simply limited to the language of rights and if political and legal frameworks make room for the expression of fully comprehensive views – including religious worldviews. There are obvious challenges involved in maintaining both aspects together: if human rights are limited to a liberal conception of individual rights, then group identities and collective concerns may not receive appropriate attention; conversely, if emphasis is given to group rights and communitarian structures, individual autonomy may be limited. It makes sense, therefore, to have a broader heuristic that requires us to have both dimensions simultaneously.

While Rawls tends more towards individuality and has progressively opened his views to the dimension of collectivity – including the expression of religious views –, his conception of human rights appears more as a projection of a particular national framework of a liberal society upon the international area. Nussbaum makes a more decisive move towards both the recognition of individual capabilities and group rights – especially minorities with their respective religious views – while upholding the universality of an ethical and cosmopolitan position as the standard upon which individuals and groups are to be judged. Taylor criticizes the liberal emphasis on individualism but goes further in affirming the plurality of multicultural and intercultural interactions. Although he is less emphatic in his endorsing of universality, he does provide a model of recognition of otherness that has the potential to be applied globally. It is easy to see that these positions have different strengths, specific gaps, and a certain complementarity because, taken altogether, they provide different reasons to support individual autonomy, collective recognition, multicultural and intercultural dialogue, and a possible consensus on the meaning of universality. Moreover, at each juncture we find a specific understanding of religion connected to these various levels. Thus, religion can be understood as private individual faith based on freedom of conscience, collective identity based on shared beliefs, intercultural interactions based tolerance for differences, and ethical values – justified differently by various worldviews – that can claim universality if they are the result of an overlapping consensus.

Taken alone, neither of the positions we discussed can cover all of these points. Nevertheless, I believe it is possible to advance some of their ideas and articulate these various dimensions by relating them to discussions on human rights at the global level while respecting distinctive ways of understanding human rights in different cultures. In the end, all the authors reviewed affirm the possibility of an overlapping consensus regarding human rights which would also include non-western societies, provided that the involved parts offer appropriate philosophical justifications that recognize multiculturalism and are compatible with the historical or cultural context in which human rights are being applied. Thus, in the same ways as the development of modernity in Europe required an appropriation of Judeo-Christian values, basic human rights can be justified from within particular cultures that possess the potential to agree on fundamental values that can be shared across cultures. This brings us back to the framework I established at the beginning with the help of Karl Jaspers. For example, the ancient thinking of Confucius in China or the pre-Socratics in Greece was definitely metaphysical, but implied some notions of humanity and rights and duties that underlie contemporary positions. Modern European philosophy was influenced by both a Christian conception of humanity and a scientific and secularized naturalism that defined rights in a more individualistic fashion. How can we explore this perspective without falling into the problems of particularism and relativism that contradict universality? In my view, we need an even wider framework that updates the points we retrieved from Jaspers' consideration of the axial time and integrates the contributions we have from the different philosophers I discussed above.

Based on these considerations, I conclude with a simple suggestion that advances some of the points presented by the philosophers mentioned above – especially Charles Taylor – and provides a model to articulate these various issues in a programmatic way.

First, I believe it is necessary to go beyond the impression that there we are only bound to our particular community and the elements that prevail in one's historical, cultural, and linguistic horizon. Rather, I propose that we recognize that there are different simultaneous communities in interaction and sometimes even in conflict, in such a way that we can also acknowledge the possibility of learning from them because they may mirror different aspects of the universality of human rights, albeit never completely. For instance, there could be fragments of an ideal of freedom which can be brought together by means of intercultural communication. Also, an ideal universality can be conceived only as a consensual sum of these fragments available in different cultures. Moreover, there is also the need for the clarification of one's individual situation amid the plurality of communities: the existence of democratic institutions may be given in a community but an additional aspect such as the openness to and affirmative tolerance

of distinct cultural forms can be given in another. Consequently, their understanding of rights can have different but complementary dimensions.

Contemporary views on human rights are built upon deep foundations in shared community values that can be traced back to developments that occurred not only in the past decades, but also in the last centuries and millennia. As we have seen in Jaspers' considerations on the Axial Times, these positions have survived centuries of transformation and adapted to new and contemporary situations, being always in flux. To value this reality that has been understood as "the fact of pluralism" we need to account for the plurality of communities. However, it is important to realize that this plurality has at least a double dimension: I understand plurality not simply as the inner variety proper of multicultural societies but also as the outer variety that emerges through intercultural relations. This recognition of *intercultural plurality* as distinct from *multicultural plurality* brings a new set of challenges and has been the topic of intensive debates regarding human rights discourses, especially because some cultural traditions charge that the repertoire of rights defined in the new paradigm established by the *Universal Declaration on Human Rights* reflects values that go back to the European Enlightenment or to Christianity alone, thus revealing a problematic Eurocentric bias. As a result, new regional cultural discourses have emerged and appealed to specific interpretations of rights and humanity, which are now being retrieved to orient and update discourses on human rights in particular settings.

Thus, I conclude that we ought to expand our reflections on the relationship between plurality and universality in human rights according to two steps. First, we need to differentiate between inner *multicultural plurality* and outer *intercultural plurality*; second, we need to connect this plurality to philosophical paradigms that help us to differentiate, acknowledge, accept, or criticize the plurality conceptions of human rights presented in the global context. Of course, this is a proposal that needs to be worked out in more detail. But I hope to have showed, with the help of philosophers such as John Rawls, Martha Nussbaum, and Charles Taylor, that this search for a possible overlapping consensus on human rights is a promising project.

REFERENCES

- Alessiato, E. (2011) "Human Being, World, and Philosophy in Karl Jaspers" in *Humana.Mente: Journal of Philosophical Studies*, Vol. 18, (2011): 69–8.
- An-Na'im, A. (1992) "Towards a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards to Human Rights: The Meaning of Cruel, Inhuman, or Degrading Punishment" in An-Na'im, A. [Ed.] *Human Rights in Cross-Cultural Perspective: A Quest for Consensus* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press).

- An-Na'im, A. (2010) *Islam and Human Rights* [Collected Essays in Law Series] (Surrey: Ashgate).
- Bellah, R. (1967). "Civil Religion in America," *Daedalus* 96 (1967): 1-21.
- Bellah, R. & Joas, H. [Ed.] (2012) *The Axial Age and its Consequences* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Habermas, J. (1992) *Faktizität und Geltung* (Frankfurt: Suhrkamp).
- Habermas, J. (2004) *Der gespaltene Westen* [Kleine Politischen Schriften X] (Frankfurt: Suhrkamp).
- Habermas, J. (2012) *Nachmetaphysisches Denken II* (Berlin: Suhrkamp).
- Jaspers, K. (1919) *Psychologie der Weltanschauungen* (München: Piper).
- Jaspers, K. (1932) *Philosophie I: Philosophische Weltorientierung* (Berlin: Springer).
- Jaspers, K. (1949) *Urprung und Ziel der Geschichte* (München: Piper).
- Kymlicka, W. (1989) *Liberalism, Community and Culture* (Oxford, UK: Clarendon Press).
- Kymlicka, W. (1992) "Two models of Pluralism and Tolerance," *Analyse & Kritik* 13 (1992): 33-56.
- Mendieta, E. (2007) *Global Fragments: Globalizations, Latinamericanisms, and Critical Theory* (Albany: State University of New York Press).
- Nussbaum, M. (1996). "For love of Country," in J. Cohen and M. Nussbaum [Eds.], *For Love of Country? A Debate on Patriotism and Cosmopolitanism* (Boston, MA: Beacon Press), 3-21.
- Nussbaum, M. (1997). "Kant and Cosmopolitanism," in M. Lutz-Bachmann and J. Bohman [Eds.], *Perpetual Peace* (Cambridge, MA: MIT Press), 25-57.
- Nussbaum, M. (2000) *Women and Human Development* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Nussbaum, M. (2003) "Judaism and the Love of Reason" in Ruth Groenhout and Mary Bower (Eds.) *Philosophy, Feminism, Faith* (Bloomington, IN: Indiana University Press), 9-39.
- Nussbaum, M. (2004) *Hiding from Humanity: Disgust, Shame, and the Law* (Princeton, NJ: Princeton University Press).
- Nussbaum, M. (2006) *Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Nussbaum, M. (2008) *Liberty of Conscience: In Defense of America's Tradition of Religious Equality* (New York: Basic Books).
- Rawls, J. (1971) *A Theory of Justice* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Rawls, J. (1985) "Justice as Fairness: Political not Metaphysical," *Philosophy and Public Affairs* 14/3 (Summer 1985): 223-251.
- Rawls, J. (1987). "The Idea of an Overlapping Consensus," *Oxford Journal of Legal Studies* 7/1 (1987): 1-25.
- Rawls, J. (1988) "The Priority of Right and Ideas of the Good," *Philosophy and Public Affairs* 17 (Spring 1988): 251-276.

- Rawls, J. (1993) *Political Liberalism* (New York: Columbia University Press).
- Rawls, J. (1995) "Reply to Habermas" in *The Journal of Philosophy* XCII/3 (March 1995): 132-180.
- Rawls, J. (1997) "The Idea of Public Reason Revisited," *The University of Chicago Law Review* 64/3 (Summer 1997): 765-807.
- Rawls, J. (1999) *The Law of Peoples* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Taylor, Ch. (1958). "Alienation and Community," *Universities and Left Review* 5 (Autumn, 1958): 11-18.
- Taylor, Ch. (1960). "Clericalism," *Downside Review* 78/252 (1960): 167-180.
- Taylor, Ch. (1975). *Hegel* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Taylor, Ch. (1985a). *Human Agency and Language: Philosophical Papers 1* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Taylor, Ch. (1985b). *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers 2* (Cambridge, UK: Cambridge University Press).
- Taylor, Ch. (1989). *Sources of the Self: The Making of the Modern Identity* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Taylor, Ch. (1991). *The Ethics of Authenticity* [US 1992 edition of *The Malaise of Modernity*] (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Taylor, Ch. (1995). *Philosophical Arguments* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Taylor, Ch. (1999). "Conditions of an Unforced Consensus on Human Rights," in J. Bauer and D. Bell [Eds.], *The East Asian Challenge for Human Rights* (Cambridge, UK: Cambridge University Press), 124-144.
- Taylor, Ch. & Gutman, A. (1992) *Multiculturalism and the 'Politics of Recognition': An Essay* (Princeton: Princeton University Press).
- Taylor, Ch. (1999) "Conditions of an unforced consensus on human rights" in Joanne Bauer and Daniel Bell (eds.), *The East Asian Challenge for Human Rights* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Taylor, Ch. (2007) *The Secular Age* (Cambridge, MA: Harvard University Press).
- Taylor, Ch. (2012) "Interculturalism or Multiculturalism?" *Philosophy and Social Criticism* 38/4-5 (2012):413-423.
- Thornhill, C. (2011) "Karl Jaspers" in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/jaspers/> last accessed on May 26, 2013.

PASADO, PRESENTE Y ¿FUTURO? DE LA JUSTICIA UNIVERSAL¹

PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA JUSTIÇA UNIVERSAL

Javier Chinchón Álvarez

Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Complutense de Madrid, y Miembro de la Junta Directiva de *Rights International Spain*

Autor convidado

Resumen: En esta contribución se exponen algunas consideraciones clave sobre el concepto y fundamento jurídicos del principio de la Justicia Internacional, así como acerca de su traslación al derecho internacional convencional. En conexión con ello, se incorpora un análisis y reflexión críticas que a partir del desarrollo y evolución práctica de este principio, se plantea si no estaremos asistiendo a su final y/o radical cambio en su verdadero contenido y sentido.

Palabras clave: Principio de la Justicia Internacional; Derecho Internacional; Concepto y fundamento jurídicos.

Resumo: Nesta contribuição são expostas algumas considerações sobre o conceito e fundamento jurídicos do princípio da Justiça Internacional, assim como acerca de sua tradução para o direito internacional convencional. Em conexão com isso, se incorpora uma análise e reflexão críticas que a partir do desenvolvimento e evolução prática deste princípio, se pergunta se não estamos assistindo ao seu final ou a uma mudança radical em seu conteúdo e sentido.

Palavras-chave: Princípio da Justiça Internacional; Direito Internacional; Conceito e fundamentos jurídicos.

Sumario: 1. Conceptualización básica. 2. La problemática plasmación convencional del principio de justicia universal. 3. Vida y ¿muerte? De la justicia universal. Bibliografía citada.

¹ Esta contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación: "La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva", (Referencia DER2013-43760-R, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad de España.

1. CONCEPTUALIZACIÓN BÁSICA

Aunque es muy probable que el término Justicia Universal pueda evocar algo entre la mística y la poética, su esencia jurídica es relativamente sencilla de acotar: desde hace décadas se ha convenido en que existen unos crímenes en los que además de cada víctima individual, también lo es la Comunidad Internacional en su conjunto. De ahí que incluso en decisiones judiciales marcadamente restrictivas, se asuma con plena naturalidad lo que sigue:

“La Jurisdicción Universal consiste en el ejercicio de jurisdicción penal por los Tribunales de un determinado país en crímenes internacionales de especial gravedad, sobre la base de la naturaleza del delito sin tomar en consideración ni el lugar donde fue cometido, ni la nacionalidad de su autor. La Jurisdicción Universal supone, en consecuencia, que conforme a determinados Tratados Internacionales los Tribunales de un Estado deben ejercer jurisdicción extraterritorial sobre ciertos delitos en función de su naturaleza, para evitar que los responsables puedan encontrar un lugar de refugio donde alcanzar la impunidad” (Tribunal Supremo de España, 2015: 19-20).

En realidad, ya en una dimensión de índole formal o teórica, ya en sus primeras plasmaciones prácticas, uno podría echar la vista atrás muchos siglos (Quintano Ripollés, 1955: 96) para encontrar las primeras manifestaciones de aquello que después se condensaría en la ya clásica máxima de Grotius; a saber “...que los reyes, y aquellos que tienen poder igual al de los reyes, tienen el derecho de infligir penas no sólo por las injusticias cometidas contra ellos y sus súbditos, sino aun por aquellos que no los afectan particularmente y que violan hasta el exceso el Derecho de la naturaleza o de Gentes, respecto de cualquiera que sea el autor de esos excesos” (Ollé Sesé, 2008: 97). Con todo, no cabe duda que el momento capital para la moderna cristalización del principio de Justicia Universal fueron las postimerías de la Segunda Guerra Mundial.

De hecho, en lo que ahora interesa y dejando de lado lo que se sería propio a los crímenes transnacionales o transfronterizos, lo que definitivamente se consolidó entonces fue que existen una serie de crímenes en los que “mankind is also the victim”, por acudir a la fórmula consolidada en el seno de la Comisión de Derecho Internacional (1950: 9). Consecuencia lógica, y también jurídica, de ello es que esa misma Comunidad Internacional ha de ser la llamada a perseguirlos, enjuiciarlos y castigarlos. Expresado en otros términos, y por aportar un ejemplo concreto, valga recordar que ya en una de las primeras Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas se afirmó con claridad que el genocidio es un “crimen de derecho internacional”, cuyo castigo “es un asunto de preocupación internacional”, ya que “commueve la conciencia humana, causa una gran pérdida

a la humanidad [y] es contrario a la ley moral y al espíritu y objetivos de las Naciones Unidas" (Asamblea General, 1946).

En atención a todo ello, y sin poder entrar en supuestos más complejos, cabría realmente considerar dos alternativas, en cualquier caso nunca excluyentes: bien que esa Comunidad Internacional crease un órgano u órganos encargados de perseguir y sancionar todos estos crímenes, bien que todas y cada una de las entidades soberanas que la conforman fuesen las que lo hicieran. La primera vía sería la que nos llevaría a lo que podríamos denominar como la Jurisdicción Internacional Penal, cuyo exponente más cercano sería la –con todo muy limitada- Corte Penal Internacional; la segunda nos dirigía hacia la Justicia Universal. Ambas figuras compartirían en todo caso un sustento lógico-jurídico común; conceptualmente incompatible con cualquier valoración que entienda que la persecución de un crimen internacional es "un asunto interno" del Estado donde se hubiera cometido, en el que nadie más puede ni tiene nada que decir ni hacer, incluso si los tribunales de ese Estado no lo enjuiciaran ni castigaran adecuadamente.

A la hora de conceptualizar básicamente el principio de Justicia Universal, resultan pues idóneas definiciones como la de Sánchez Legido (2003: 40): se trata de un principio en virtud del cual se atribuye competencia a las autoridades de un Estado para la represión de delitos que independientemente del lugar de su comisión y de la nacionalidad de sus autores o víctimas, atentan contra bienes jurídicos internacionales que se han considerado de especial importancia, y que por ello transcinden la esfera de intereses individuales de uno o varios Estados. La clave, en fin, se encuentra en que todos los crímenes internacionales afectan a unos intereses que la práctica internacional, la jurisprudencia, y la doctrina especializada han considerado no como propios a uno u otro Estado, sino como intereses fundamentales de toda la Comunidad Internacional, protegidos en consecuencia por el mismo Derecho internacional (Abellán Honrubia, 1999: 295).

En este sentido, la cuestión es que cuando un Estado asume y ejerce a través de sus tribunales este principio de Justicia Universal, lo hace también en su propio interés: en el entendimiento de que éste es evitar la impunidad de los crímenes más graves (Lamarca Pérez, 2011: 18). Así, los jueces nacionales de cualquier país actuarían entonces como una suerte de "agentes del orden internacional" (Cassese, 1990: 212 y ss.), de "guardianes del Derecho internacional" (Corte Suprema de Israel, 1962: 304), persiguiendo "en nombre de la Comunidad Internacional" (Baucells y Hava, 2007: 120) crímenes que por su naturaleza atacan por supuesto a sus víctimas directas, pero también a todos nosotros: a la Comunidad Internacional en su conjunto.

2. LA PROBLEMÁTICA PLASMACIÓN CONVENCIONAL DEL PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL

Ahora bien, pese al fundamento y claro consenso internacionales resumidos, cuando se desciende a lo que habría de ser su concreción en las normas convencionales de referencia no es precisamente armonía lo que se encuentra. Sin pretensión exhaustiva, baste apuntar que apenas tres años después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio se dispondría que los responsables de ese crimen “serán juzgadas por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido, o ante la corte penal internacional...” – que como es sabido no se establecería hasta 50 años después. Aunque ello no puede entenderse en el sentido de que la obligación de cada Estado de castigar el genocidio está limitada territorialmente por la Convención (Fernández-Pacheco Estrada, 2011: 56-60), como por lo demás ha destacado el mismo Tribunal Internacional de Justicia (1996: párr. 31), en lo que ahora interesa, el hecho es que respecto a los crímenes de guerra se acordaría un año después, en los artículos 49 del I Convenio de Ginebra, 50 del II, 129 del III y 146 del IV Convenio, que: “[c]ada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”.

Como salta a la vista, estaríamos pues ante dos compromisos convencionales sustancialmente diferentes respecto a quién está obligado a perseguir estos dos crímenes, que en todo caso comparten el indubitable carácter de crímenes internacionales; siendo que por citar lo reiterado recientemente por el Comité Internacional de la Cruz Roja, es respecto a los crímenes de guerra donde “[e]n los Convenios de Ginebra se establece la jurisdicción universal obligatoria, dado que obligan a los Estados partes a procesar a quienes presuntamente hayan cometido infracciones graves o a realizar las gestiones necesarias para extraditar a tales personas. Los Estados pueden llevar a cabo investigaciones o actuaciones judiciales incluso contra personas que se encuentren fuera de su territorio. Habida cuenta de que la extradición a otro Estado tal vez no sea posible, los Estados han de contar en cualquier caso con legislación penal que les permita procesar a los presuntos culpables independientemente de su nacionalidad y del lugar de la comisión del delito” (Asamblea General, 2011: 27). Recordatorio especialmente pertinente para gran parte del legislador, el ministerio fiscal y no pocos jueces españoles tras lo que venimos padeciendo desde hace algunos meses (Audencia Nacional, 2014).

Con todo, la falta de sintonía o congruencia con lo expuesto *supra* ciertamente se agrava si avanzando en el tiempo recordásemos que según la Convención de 1973,

el *apartheid* es un “crimen de lesa humanidad”, que “viola los principios del derecho internacional”, y que constituye “una amenaza seria para la paz y la seguridad internacionales”; si bien, respecto a su sanción lo acordado en su artículo V es que sus responsables “podrán ser juzgadas”, ya en un caso por un tribunal internacional, ya “por un tribunal competente de cualquier Estado Parte en la Convención que tenga jurisdicción sobre esas personas”, sin especificar nada más. Por su parte, unos pocos años después, y siguiendo un modelo que se repetirá después para otros crímenes internacionales, en la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes se establecería que la obligación de perseguir estos hechos se dará “cuando se cometan en cualquier territorio bajo (...) jurisdicción [de un Estado Parte] o a bordo de una aeronave o un buque matriculados en ese Estado; b) cuando el presunto delincuente sea nacional de ese Estado; c) cuando la víctima sea nacional de ese Estado y éste lo considere apropiado”; aunque advirtiendo expresamente que lo anterior no excluirá ninguna otra “jurisdicción penal ejercida de conformidad con las leyes nacionales”.

Los ejemplos señalados ilustran, en definitiva, que la traslación convencional de lo que sería consustancial a la misma idea y fundamento de los crímenes internacionales en lo que respecta a su persecución bajo el principio de Justicia Universal, ha sido cuando menos confusa. De ello se han derivado no pocas complicaciones, problemas y contradicciones que al menos en el plano teórico de discusión no parecen haber podido solventar los recordatorios de que, ya sea como consecuencia de los Principios Generales del Derecho internacional penal, ya como derecho consuetudinario, ya derivado de la naturaleza y carácter de las normas que aquí interesan, ya del sentido, contenido y fundamento de la noción de crimen internacional y del principio de responsabilidad penal internacional, “[s]in perjuicio de la jurisdicción de un tribunal penal internacional, cada Estado Parte [debe adoptar] las medidas necesarias para establecer su jurisdicción sobre los crímenes (...) [internacionales], sean cuales fueren el lugar de comisión de esos crímenes y sus autores” (Comisión de Derecho Internacional, 1996: 30). Resultando, en fin, y según la misma fuente autorizada, que aún en aquel año 1996 seguía siendo necesario que quedase “despeja[da] toda duda en cuanto a la existencia de una jurisdicción universal respecto de esos crímenes” (idem: 32).

Esta “duda”, que en lo esencial y desde una perspectiva teórica no debiera ser tal si de crímenes internacionales hablamos, en mi opinión no sólo es que no haya desaparecido, sino que si alguna vez se disipó, desde hace algo más de una década parece haber ido extendiéndose. No obstante, su sustento real no creo que haya que buscarlo en cuestiones o grandes complejidades de naturaleza técnica, como veremos a continuación.

3. VIDA Y ¿MUERTE? DE LA JUSTICIA UNIVERSAL

Es un hecho que en el plano técnico han existido y existen distintos debates sobre algunos aspectos específicos propios a la Justicia Universal (Blanco Cordero, 2004a y b) que no deben menospreciarse en caso alguno; también son visibles posiciones encontradas y muy severas críticas – sin necesidad de ejemplos extremos, para algunos autores la Justicia Universal siempre ha sido “*unwise and unjust*” (Fletcher, 2003: 580). Ahora bien, si prestamos atención prioritaria a la moderna aplicación práctica de este principio, comprobaremos que sea cual fuere la posición que quiera defenderse, una realidad parece evidente.

De manera sumaria, cabría decir que a partir de la Segunda Guerra Mundial la Justicia Universal se vio sustancialmente limitada a la persecución los graves crímenes internacionales cometidos por los nacionales de los Estados derrotados. Dejando ahora las excepciones a esta regla, estos casos han continuado y continúan hasta la fecha, pero fue con el fin de la Guerra Fría cuando asistimos a lo que se ha calificado como el verdadero “renacer del Derecho internacional penal” (Sánchez Legido, 2009: 269); una de cuyas dimensiones fue la activación de procedimientos judiciales para la persecución de crímenes internacionales cometidos fuera del contexto señalado. Aunque la actuación de la Audiencia Nacional española en el caso relativo a los crímenes perpetrados durante la dictadura argentina fue anterior en el tiempo, la referencia aquí insoslayable es, obviamente, el año 1998 con el caso Pinochet; el cual, como recogiera el profesor Remiro Brotóns, abrió o pudo abrir “una nueva etapa en la lucha contra la impunidad” (Remiro Brotóns, 1999: 252). Sus inmediatos y posteriores efectos fueron de una importancia y dimensión enormes, inspirando lo que para algunos supuso un “cambio de paradigma” que podría resumirse en que cualquiera, incluso el más poderoso dictador, habría de saber entonces que si cometía crímenes internacionales iba a ser perseguido en cualquier lugar del mundo (Relva, 2013).

Consecuentemente, a partir de aquellos días asistimos a la presentación de un amplio y creciente número de querellas o denuncias en tribunales de distintos Estados por crímenes internacionales cometidos (presuntamente) por nacionales de diversos países del mundo. Habiéndose abierto y realizado múltiples procesos judiciales desde entonces y hasta la fecha (Pigrau Solé, 2009: 38 y ss.). La entrada en vigor del Estatuto de la Corte Penal Internacional no alteró sustancialmente esta situación; entre muchas otras cosas porque incluso para los crímenes futuros es evidente que su simple diseño, sentido, funcionamiento, objeto y fin hacen imposible mantener que esta institución fuera a ser el órgano encargado de perseguir todos los crímenes internacionales que pudieran perpetrarse. De ahí que por lo demás, su mismo Estatuto comience recordando que “es deber de

todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes de derecho internacional”.

Desde el punto de vista teórico podría haberse considerado que lo que acabamos de resumir debiera haber sido y ser de igual aplicación, o no suscitar problemas o discusiones adicionales, cuando se persiguiesen crímenes cometidos por nacionales de, por citar el ejemplo más sencillo, la Alemania nazi, o si se tratase de crímenes perpetrados por nacionales de cualquier otro Estado. Pero es un hecho indiscutible que cuando algunas de aquellas denuncias se dirigieron contra nacionales de países como China, Israel o Estados Unidos las reacciones, incluidas las públicas, de las autoridades de aquellos Estados fueron todo menos edificantes. Las *consecuencias* tampoco se hicieron esperar.

Ciertamente, los tiempos y la realidad internacionales probablemente tampoco acompañaban ya en aquellos años. Aunque no es sencillo determinar matemáticamente lo que se ha calificado como la “década de luna de miel del Derecho internacional penal”, es muy posible que 2001 marcase, ya su final, ya el comienzo de un período con un sentido y foco de atención sustancialmente diferentes. Existen cientos de trabajos que han profundizado en los muchos cambios que se produjeron tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de aquel año, y también que han abordado en especial lo acontecido en este ámbito en los años “*after the Honeymoon*” (Luband, 2013). Como idea básica valga retener la tan precisa como sintética calificación que sobre esta nueva fase hiciera, apenas un año después de la publicación de los célebres *Principios de Princeton*, un referente como Carlos Castresana; a saber, que: “concluida la “luna de miel” tras la caída del Muro Berlín en 1989 y el fin de la “guerra fría”, no son buenos tiempos para el derecho internacional” (Castresana, 2002).

En lo que nos concita, sin duda esos “malos tiempos” alcanzaron también a la Justicia Universal, en lo formal y en lo material; siendo clara desde entonces y hasta ahora una intención nada velada por parte de varios y muy importantes Estados de limitar, cuando no de “tratar de impedir su ejercicio” en expresión de otro de nuestros referentes (De Prada Solaese, 2014: 30). En el otro extremo hay que destacar que también la sucesiva ratificación e implementación del mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional conllevó un notable proceso de incorporación interna del principio de Jurisdicción Universal; que con formulaciones diversas se encontraría, a la fecha, recogido en más de un centenar de Estados (Amnistía Internacional, 2012).

En cualquier caso, tras las actuaciones judiciales de finales del siglo pasado y comienzo de éste, la tendencia general de esta última década pudiera decirse que ha sido de progresiva “retirada de las versiones más favorables al ejercicio de la

jurisdicción universal" (Sánchez Legido, 2009: 308). Pendiente con muy visibles e ilustrativos hitos, como por ejemplo fueron la modificación, en 2003 y tiempo record, de la generalmente conocida como "Ley de Jurisdicción Universal" belga de 1993 tras las directas y públicas presiones de Estados Unidos o Israel, entre otros, ante algunos procesos abiertos contra varios de sus nacionales (Reydam, 2003); o sin ir muy lejos, las reformas de la legislación española en 2009 y 2014, que respondieron a la misma lógica con la única diferencia de que resultaron especialmente definitivas las presiones (también) de China por las causas abiertas contra algunos de sus nacionales (Chinchón Álvarez, 2009a y b, y 2014). Sin cambios tan bruscos –o claudicaciones tan obvias- en el resto de disposiciones internas que recogían o han ido recogiendo el principio de Jurisdicción Universal también es patente lo que se ha definido como una "tendencia restrictiva"; es decir, la introducción de exigencias o limitaciones adicionales –existencia de algún tipo de vínculo con el Estado cuyos tribunales fueran a perseguir esos crímenes, la consideración completamente subsidiaria de la Jurisdicción Universal, el control de la apertura del proceso por parte del Ministerio Fiscal, etc. (Aluja Fernández, 2014). Muchas de ellas, obviamente, ajenas al verdadero sentido y fundamento del principio de Justicia Universal, como ya vimos.

La razón de fondo de todo ello pudiera situarse en el cambio de prioridades que, ya apuntamos, se dio claramente a partir de finales de 2001; en conexión, total o parcial, con una suerte de convicción que en lo más reciente hemos escuchado en afirmaciones como ésta vertida en el Senado español: "cada Estado, cada país, [debe curar] sus heridas como crea que debe hacerlo, sin que ningún otro tribunal, a muchísimos kilómetros de distancia, venga a entrometerse en lo que es propio de la política interior de ese Estado" (Diario de Sesiones del Senado, 2014: 17); a lo que quizá cabría añadir la valoración, constate y ampliamente divulgada, de que para castigar este tipo de crímenes ya se creó la Corte Penal Internacional.

En un grado u otro, es muy probable que este tipo de posiciones, que amén de jurídicamente insostenibles en algunos casos nos llevarían casi setenta y cinco años atrás en el tiempo, se hayan ido extendiendo, no sé si incluso imponiéndose, pero en mi opinión a todo ello debemos sumar algo que se ha hecho cada vez más evidente: mientras la Justicia Universal no alcanzó –o alcance- a nacionales de Estados como los que hemos citado *supra*, pareciera un principio, quizá molesto o extravagante para algunos, seguramente que precisa acotarse de un modo u otro, pero relativamente aceptable o sobre el que no plantear(se) "dudas" radicales. Sin embargo, parece que nadie "duda" de que si se trata de enjuiciar crímenes cometidos por nacionales de esos otros Estados ya referidos, lo que hay que hacer es precisamente no hacerlo.

Así las cosas, siendo benévolos uno podría alertar sobre una pendiente que nos está o terminará conduciendo a vaciar de verdadero contenido, o a trasformar de raíz, lo que es y debe ser la propia Justicia Universal; o en una formulación más severa, cabría advertir que no estamos asistiendo a nada más que al intento de dar muerte, o dar por muerto, al principio de Justicia Universal. Esto es, como se quiera y en fin, a no otra cosa que la técnica más utilizada comparativamente para evitar la impunidad de los responsables de los más graves crímenes internacionales (Bassiouni, 2001: 82).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABELLÁN HONRUBIA, V. (1999), "La responsabilité internationale de l'individu", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, núm. 280.
- ALIJA FERNÁNDEZ, R. A. (2014), "El alcance de la jurisdicción universal a la luz de la evolución de la práctica estatal", *Tiempo de Paz*, N°. 112, pp. 13-18.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL (2012), "Universal Jurisdiction. A Preliminary Survey of Legislation around the World", disponible en <http://www.amnesty.org/es/library/asset/IOR53/019/2012/en/2769ce03-16b7-4dd7-8ea3-95f4c64a522a/ior530192012en.pdf>. Consultado el 11 de Julio de 2014.
- ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS (2011), "Alcance y aplicación del principio de la jurisdicción universal. Informe del Secretario General", Documento de las Naciones Unidas: A/ /66/93, 20 de junio.
- _____ (1946), "El crimen de genocidio", Resolución 96 (I), de 1 de diciembre.
- AUDIENCIA NACIONAL DE ESPAÑA (2014), Auto nº 38/2014 del Pleno de la Sala de lo Penal, de 2 de julio.
- BASSIOUNI, M. C. (2001), "Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice", *Virginia Journal of International Law*, vol. 42, núm. 1, pp. 81-162.
- BAUCELLS LLADÓS, J. y HAVA GARCÍA, E. (2007), "Posibilidades y límites del Principio de Justicia Universal: el caso de Acteal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a época, núm. 19, pp. 119-117.
- BLANCO CORDERO, I. (2004a), "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (I)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, pp. 1634-1646.
- _____ (2004b), "Crisis del principio de jurisdicción universal en el Derecho penal internacional contemporáneo (y II)", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 2, pp. 1647-1659.
- REMIRO BROTÓNS, A. (1999), *El caso Pinochet. Los límites de la impunidad*, Biblioteca Nueva, Madrid.
- CASSESE, A. (1990), "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (dédoulement fonctionnel) in International Law", *European Journal of International Law*, núm. 1, pp- 210-231.

CASTRESANA, C. (2002), "Malos tiempos" para el derecho internacional: fiscal español", *Periódico el Proceso*, México, 21 de octubre de 2002.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. (2014), "Del intento de acabar con la jurisdicción universal para el bien de las víctimas y del Derecho internacional: Examen crítico de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal", *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Año IV, núm. 5, pp. 161-173.

_____(2009a), "A propósito del proceso de reforma del artículo 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (mayo-noviembre de 2009): De los motivos a las consecuencias para el principio de jurisdicción universal", *Revista de Derecho de Extremadura*, núm. 6, pp. 13-31.

_____(2009b), "Análisis formal y material de la reforma del principio de jurisdicción universal en la legislación española: De la 'abrogación de facto' a la 'derogación de iure'", *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, tomo 4, pp. 1440-1450.

COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (1996), Proyecto de Código de Crímenes contra la paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado en segunda lectura por la Comisión de Derecho Internacional, Documento de las Naciones Unidas: A/CN.4/L.532, de 8 de julio.

_____(1950), "Question of International Criminal Jurisdiction", Informe del Relator Especial J. Alfaro, en *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II.

CORTE SUPREMA DE ISRAEL (1962), *Caso Attorney General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann*, Supreme Court of Israel (sitting as a Court of Criminal Appeal), 29 de mayo, en *International Law Reports*, vol. 36, 1968.

DE PRADA SOLAES, J. R. (2014), "La justicia universal, pasado, presente y futuro", *Tiempo de Paz*, Nº. 112, pp. 19-31.

FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C. (2011), *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

FLETCHER, G., P. (2003), "Against Universal Jurisdiction", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, núm. 3, pp. 580-584.

LAMARCA PÉREZ, C. (2011), "La reforma actual de la Jurisdicción Universal", en VV.AA., *La justicia universal en el derecho internacional. Mesa redonda de expertos*, APDHE-FIDH-Oficina de Derechos Humanos del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación, Madrid, pp. 15-18.

LUBAN, D. (2013), "After the Honeymoon: Reflections on the Current State of International Criminal Justice", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11, núm. 3, pp. 505-515.

MACEDO, S. (ed.) (2001), *The Princeton Principles on Universal Jurisdiction*, Princeton University, Princeton, New Jersey. Disponible en https://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf. (Existe una versión en castellano en la siguiente dirección: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/princeton.html#Princeton>).

OLLÉ SESÉ, M. (2008), *Justicia universal para crímenes internacionales*, La Ley, Madrid

PIGRAU SOLÉ, A. (2009), *La jurisdicción universal y su aplicación en España: la perse-*

cución del genocidio, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad por los tribunales nacionales. Generalitat de Catalunya-Oficina de Promoción de la Paz y de los Derechos Humanos, Barcelona.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955), Tratado de Derecho penal Internacional e Internacional penal, tomo II, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid.

RELVA, H. (2013), Entrevista realizada en la BBC por Veronica Smink publicada en el reportaje: “¿Qué cambió realmente con la detención de Pinochet en Londres?”, 13 de octubre. Disponible en http://www.bbc.co.uk/mundo/noticias/2013/10/131015_chile_pinochet_arresto_vs.shtml.

REYDAMS, L. (2003), “Belgium Reneges on Universality: The 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1, pp. 679-689.

SÁNCHEZ LEGIDO, A. (2009), “Diez años de Derecho internacional penal”, en SOROETA LICERAS, J. (ed.), *Los Derechos Humanos frente a la impunidad*. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián. Volumen X. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao.

_____(2003), *Jurisdicción universal penal y derecho internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia.

SENADO DE ESPAÑA (2014), Diario de Sesiones del Senado, X Legislatura, núm. 286, de 10 de marzo.

TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTICIA (1996), *Aplicación del Convenio para la prevención y la sanción del delito genocidio, excepciones preliminares* (Bosnia Herzegovina c. Yugoslavia), I.C.J. Reports 1996.

TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA (2015), Sentencia Nº 296/2015, de 6 de mayo de 2015.

O IMPACTO DO TERRORISMO NOS DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DAS MEDIDAS INTERNACIONAIS DE COMBATE AO TERRORISMO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

THE IMPACT OF TERRORISM ON THE HUMAN RIGHTS: A CRITICAL ANALYSIS OF THE INTERNATIONAL MEASURES OF COUNTER-TERRORISM IN THE LIGHT OF HUMAN RIGHTS

Guilherme Berger Schmitt

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra, Portugal.

Submissão em 13.04.2015

Aprovação em 12.08.2015

Resumo: Atualmente é possível dizer que já se abandonaram as teses de que a proteção dos Direitos Humanos não passava de um problema ou assunto puramente interno, pois as normas que visam à proteção internacional de direitos humanos são um claro reflexo desta contemporânea linha de pensamento. Nesse cenário, a ONU se apresenta como o principal responsável pela efectiva proteção desses direitos, que vem sofrendo com os diversos ataques terroristas perpetrados mundialmente. No seu papel de efetivador dos direitos fundamentais dos indivíduos, a ONU acaba por adotar ações e medidas que podem, por si, ferir os próprios direitos que a Organização visava proteger. A presente pesquisa busca demonstrar, destarte, o paradoxo existente no emprego das medidas extremas de combate ao terrorismo, nomeadamente das Resoluções 1267 e 1373, que foram adotadas pela Organização com o objetivo de permitir o combate ao terrorismo em âmbito global por meio das chamadas smart sanctions. Para tanto a pesquisa irá abordar a internacionalização dos direitos humanos, bem como o impacto que os atos terroristas podem ter sobre estes direitos. Apresentando, por fim, o paradoxo na aplicação dessas medidas, quando tomadas de maneira extrema e sem a devida observância dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Combate ao Terrorismo; Resolução 1267; Resolução 1373; Sanções individuais.

Abstract: *Nowadays the thesis that once affirmed that the protection of human rights were only an internal state affair are long surpassed. The rules underlie the international protection of human rights are a clear reflection of this contemporary line of thought. In this scenario, the UN act as the primarily responsible for the effective protection of these rights, which had suffered from the several terrorist attacks worldwide. However, acting in this essential role as the primarily defender of the*

human rights, the UN took several actions and adopted measures that could breach the very same rights that the Organization always intended to protect. Thus, this research seeks to demonstrate the paradox that derives from the application of extreme measures of counter-terrorism, in particular the ones that result from the Resolutions 1267 and 1373, which were adopted by the Organization in order to allow the fight against terrorism through the so-called smart sanctions. Therefore, this research will address the internationalization of human rights and the impact that terrorist acts can have on these rights. At last, but not least, this study will address the paradox established by such measures, especially when these measures are applied without the observance of the most basic human rights.

Keywords: Human Rights; Counter-Terrorism; Resolution 1267; Resolution 1373; Smart Sanctions;

Sumário: Introdução. 1. A internacionalização dos direitos humanos. 2. O sistema de proteção instituído pela Organização das Nações Unidas. 3. Terrorismo e os direitos humanos. 4. Prolegômenos: a definição jurídica do termo “terrorismo”. 5. Impactos diretos do terrorismo no gozo dos direitos humanos. 6. O combate ao terrorismo e os direitos humanos. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

Atualmente é possível dizer que já se abandonaram as teses de que a proteção dos Direitos Humanos não passava de um problema ou assunto puramente interno, isto é, que não deveria ultrapassar as fronteiras físicas de cada Estado. A afirmação do indivíduo como titular (direto e imediato) de normas internacionais, nomeadamente de normas que visam à proteção internacional de direitos humanos, é um claro reflexo desta contemporânea linha de pensamento.¹

Essa paulatina evolução das normas de proteção internacional do indivíduo teve início em 1948 com a adoção da Declaração Universal dos Direitos do Homem pela Assembleia Geral (AG) da Organização das Nações Unidas (ONU). Assim, esta instituição, desde cedo, juntamente com o Conselho Econômico e Social e com a Comissão dos Direitos do Homem, esteve incumbida de promover a concretização desses direitos. É cediço, porém, que além da proteção dos Direitos do Homem, a ONU também apresenta como um dos seus objetivos, se não o principal, a manutenção da paz e da segurança internacionais. A importância desse objetivo pode ser percebida por meio da sua clara identificação na Carta das Nações Unidas (CNU), pois este preceito é prontamente descrito no preâmbulo do seu 1º artigo.

Por certo, nesse cenário, as organizações e os atos terroristas se apresentam hoje como as principais ameaças ao cumprimento desses objetivos fundamentais da ONU. Podemos relembrar, neste sentido, o caos e as ameaças trazidas à tona pelos marcantes atentados realizados em Nova York e em Washington em

¹ Veja-se, sobre o assunto, ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional PÚBLICO**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 329.

11 de setembro de 2001, uma vez que a onda de terror causada por aqueles atentados pôs em julgo a ideia da segurança do sistema jurídico estabelecido pela comunidade internacional.² Não há dúvidas, portanto, de que aqueles atos, e qualquer outro ato cometido neste sentido, representam uma afronta à proteção dos Direitos Humanos e à paz e segurança internacionais. Por conseguinte, com o intuito de defender os fundamentos mais basilares da sua criação, cabe à Organização, nomeadamente por intermédio do seu Conselho de Segurança (CS), “tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz”³.

Assim, em resposta às crescentes afrontas terroristas no cenário internacional, o CS da ONU resolveu adotar, *inter alia*, as Resoluções 1267⁴ e 1373⁵, ambas referentes ao combate ao terrorismo. Estas resoluções preveem o combate ao terrorismo especificamente por meio do congelamento de fundos de indivíduos que “praticam ou intentam praticar, participam ou facilitam a prática de atos terroristas, bem como das entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por estas pessoas”⁶. É interessante ressaltar, contudo, que muitas das medidas tomadas pela ONU - que têm o intuito de assegurar a paz e a segurança internacionais - acabam por contradizer a sua própria essência, isto é, a garantia da proteção dos direitos humanos. Isto porque, conforme se demonstrará mais adiante, muitas das medidas que são aplicadas com o pretexto de proteger a comunidade internacional acabam por atingir, de maneira muito agressiva, diga-se de passagem, alguns dos direitos mais fundamentais dos indivíduos acusados.

Assim, a presente pesquisa tem o objetivo de analisar o impacto causado pelo terrorismo no campo dos Direitos Humanos, sejam estes diretos ou indiretos. Isto é, o presente estudo pretende analisar tanto o impacto causado pela perpetração de atos terroristas *per se*, bem como aquele causado pela adoção de medidas que visam o combate ao terrorismo. Cabe ressaltar que debruçar-nos-e-mos especialmente sobre a proteção dos direitos humanos concedida internacionalmente. Para isto, alinhavar-se-ão, primeiramente, alguns traços introdutórios

² Infelizmente, além dos atentados realizados em 2001, que ainda são lembrados hoje, também podem ser apontados como exemplos marcantes os atos terroristas realizados em Bali em 2002, em Madrid em 2004, nos metrôs de Londres em 2005 e em Mumbai em 2006. Mais recentemente os atentados à Maratona de Boston, ao jornal francês Charles Hebdo e à faculdade queniana em Garissa lembraram a comunidade internacional do potencial aterrorizador desses grupos.

³ Conforme a redação do Artigo 1º(1) da Carta das Nações Unidas.

⁴ Resolução adotada em 15 de outubro de 1999. Cfr., ONU. Documento S/RES/1267. Conselho de Segurança da ONU (1999).

⁵ Resolução adotada em 28 de setembro de 2001. Cfr., ONU. Documento S/RES/1373. Conselho de Segurança da ONU (2001).

⁶ Cfr., *ibid.*, § 1º.

acerca da relação existente entre o Direito Internacional e os Direitos Humanos, explicitando o processo de internacionalização destes direitos. Após estas notas introdutórias, o núcleo temático do estudo será diretamente abordado, ou seja, os capítulos do desenvolvimento da pesquisa irão abranger a relação e o impacto causado pelo terrorismo no campo dos Direitos Humanos. Por último, mas não menos importante, a pesquisa irá analisar, de maneira crítica, a utilização das medidas extremas de combate ao terrorismo, tentando apontar o paradoxo existente no seu emprego.

1. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O princípio da soberania, máxima clássica do Direito Internacional Públlico, já confinou a defesa dos direitos humanos às fronteiras dos Estados, não permitindo com que essas preocupações fossem tratadas como legítimas inquietações da comunidade internacional. Esse pensamento derivou, em parte, das linhas doutrinárias que afirmavam, por exemplo, que os ditames da moralidade convencional não se aplicavam às decisões tomadas pelo “príncipe”⁷. Afastando-se deste extremo, porém, as linhas doutrinárias deram início a um processo contrário, no qual os direitos individuais passaram a se fortalecer e constituir limitações à autoridade suprema (interna) do governante⁸. Esse processo ganhou especial força com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 1776 na França⁹.

Isto porque, os três primeiros artigos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fazem referência à condição natural dos indivíduos, ou seja, referem-se à condição que precede a formação da sociedade civil (ao menos metodologicamente), à finalidade da sociedade política (instituída após o estado de

⁷ Segundo o pensamento de Maquiavel, por exemplo, os meios utilizados pelo Príncipe para a manutenção do Estado nunca deixarão de ser honrosos. Assim, o abuso ou a infração de direitos individuais por parte do soberano não poderiam, quando este agisse em prol do corpo político como um todo, representar um constrangimento moral à sua atuação. Cfr., SADEK, Maria Tereza. Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual da virtú. **Os clássicos da Política** (ed. Francisco WEFORT). São Paulo: Ática, 2003, p. 23.

⁸ Certamente, esse foi um longo e paulatino processo histórico que buscou os seus antecedentes na tradição do direito natural, na Reforma e na Paz de Vestefália, embasado nas teorias de filósofos como Tomás de Aquino, Pico della Mirandola, Hugo Grócio, Samuel Pufendorf, John Milton, entre outros. Neste sentido, cfr., MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 363; e Cfr., RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança Internacional e Direitos Humanos: A prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 62.

⁹ Cfr. BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Capus, 2004, p. 89.

natureza) e ao princípio de legitimidade do poder que cabe à nação¹⁰. Portanto, conforme o teor dos referidos artigos, “os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos”, uma vez que “o objetivo de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do Homem”¹¹. Esses direitos se traduzem, portanto, na liberdade, prosperidade, segurança e na resistência à opressão, garantindo, ao menos teoricamente, a proteção dos direitos mais fundamentais ou “naturais” dos indivíduos em uma relação subordinação do corpo político estatal aos indivíduos.

Na época, porém, apesar de apresentar pretensões universalistas, a declaração não apresentava efeito legal imediato sobre todos os Estados, de forma que a proteção dos direitos humanos ainda era estritamente atribuída a cada Estado parte da declaração¹². Deste modo, outros acontecimentos foram igualmente essenciais para o processo de desenvolvimento da internacionalização dos direitos humanos.

O pensamento marxista, fortalecido a partir do ano de 1860, também colaborou com o processo de crescimento da tendência ocidental que afirmava que os indivíduos sempre estão sujeitos a forças transnacionais e internacionais. Da mesma forma, naquela mesma época, Henri Dunant já dava início a uma luta pelo reconhecimento da obrigação dos governos em dar assistência às vítimas de guerras, ou seja, dava início ao movimento humanitário global responsável pelo fundamento do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Assim, o processo de internacionalização dos direitos humanos se estendeu cada vez mais, passando, em 1890, a expandir a sua proteção a temáticas como a proibição do tráfico humano, nomeadamente por meio da adoção de tratados multilaterais

¹⁰ Metodologicamente, pois a teoria do contratualismo somente se desenvolveu na época moderna, uma vez que o estado de natureza não passa de uma ficção retrospectiva, no qual se consideram os indivíduos tal como eles seriam sem, ou antes, da existência de qualquer autoridade política. Nesse sentido, e para uma visão mais aprofundada do assunto, cfr. HAARSCHER, Guy. *Filosofia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, pp. 16-18.

¹¹ Isto fica especialmente claro quando nos referimos aos direitos humanos de “primeira geração”, pois estes se caracterizam por formar um “espaço sagrado, intransponível” que “define uma limitação dos poderes do Estado”. Assim, o indivíduo constitui o objetivo principal do corpo político que, segundo os contratualistas, somente surge como um artifício para aperfeiçoar a proteção dos direitos naturais já existentes. Ao menos, até onde começa a liberdade de outrem. Assim, o “espaço intransponível” de um indivíduo pode ser restringido pelo poder estatal, porém somente na medida em que se torne necessário para a proteção dos direitos fundamentais de outros. Essas limitações, que devem verificar-se em situações estritas, requerem uma intervenção ativa do Estado (especialmente identificada nos direitos de “segunda geração”), representando, paradoxalmente, uma fortificação do poder estatal. Assim, enquanto os direitos de “primeira geração” se caracterizam por um enfraquecimento estatal, a efetiva defesa dos direitos de “segunda geração” implica a fortificação do mesmo. Ibid., pp. 14-26.

¹² Cfr., RODRIGUES, Simone Martins, *Segurança Internacional e Direitos Humanos...* p. 63.

que proibiam o tráfico de escravos africanos.¹³

A primeira Grande Guerra Mundial também teve sua participação no processo de universalização e evolução das normas dos Direitos do Homem. Os ideais voltados à defesa da liberdade, assim caracterizados pelos Aliados, incentivaram o fortalecimento da legitimidade de reivindicações perante a sociedade internacional, especialmente das reivindicações de indivíduos e grupos oprimidos pelos seus próprios Estados. Este processo levou com que a Sociedade das Nações, que logo viria a ser instituída, passasse a se preocupar com estes direitos, respaldando assim o surgimento do direito de autodeterminação dos povos. Estava claro que o sistema jurídico internacional já passava a se preocupar com os direitos dos indivíduos que à época, porém, ainda não eram considerados como sujeitos de direito internacional.¹⁴

Porém, conquanto tenha sido clara a evolução normativa para a proteção dos direitos humanos naquela época, os Estados ainda apresentavam grande resistência à ideia da criação de uma efetiva legislação internacional voltada à proteção dos direitos humanos. Isto porque, a legislação poderia representar uma ameaça à soberania estatal, máxima que regia as relações internacionais da época. Assim, antes do período do término da segunda Grande Guerra Mundial, grande parte dos Estados ainda entendia que a tutela dos direitos humanos não passava de uma questão doméstica que integrava a reserva da sua soberania. Não obstante, algumas das grandes potências da época ocasionalmente intervinham em Estados – geralmente mais fracos - com o pretexto de garantir a defesa dos direitos humanos, porém a intervenção só ocorria com o intuito de resgatar seus próprios nacionais, não se preocupando com o tratamento que o Estado acusado prestava aos seus próprios nacionais.

Por este motivo é possível afirmar que um dos mais importantes marcos – se não o mais importante - neste longo processo de evolução e internacionalização dos direitos humanos foi estabelecido com o surgimento da ONU. Por certo, a instituição da Organização deu início a um grande processo de evolução normativa no âmbito de proteção dos direitos humanos.

¹³ *Ibid.*, pp. 63-65.

¹⁴ Cabe aqui mencionar, igualmente, devido ao seu sucesso, a proteção dos direitos laborais. Codificados entre os anos de 1919 e 1920, pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), estes direitos trabalhistas - como o direito à liberdade de associação, a proibição do trabalho forçado, o direito de organização e barganha coletiva, os direitos de trabalhadores migrantes – já representavam a busca pela proteção de um dos direitos mais fundamentais do ser humano, ou seja, o direito a um trabalho digno. O sucesso da codificação destes direitos, bem como a sua clara importância, reflete-se na incorporação da Organização por parte da ONU, fornecendo, assim, condições para que a OIT pudesse continuar com a sua função de promoção e proteção dos direitos laborais, algo que dura até os dias atuais.

2. O SISTEMA DE PROTEÇÃO INSTITUÍDO PELA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS¹⁵

A promoção e proteção dos direitos humanos têm sido uma constante preocupação da ONU desde 1945, ou seja, desde o seu primórdio. Criada logo após o desfecho de uma nefasta guerra de escala mundial, a Organização tinha o intuito de garantir a introdução e manutenção dos novos valores clamados pela sociedade internacional na época. Deste modo, ao analisar o cenário em que a CNU foi projetada (e mais tarde assinada) não é de se admirar que os objetivos principais da Organização fossem, e ainda assim o sejam, o de assegurar a manutenção da paz e segurança internacionais, bem como o de desenvolver relações amistosas e de cooperação entre as nações, promovendo o cumprimento e a defesa dos direitos humanos¹⁶. Certamente, o estabelecimento desse leque de objetivos primordiais buscou garantir que as atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial não voltassem a ocorrer.

Nesse sentido, algumas disposições da CNU se referem explicitamente à necessidade do respeito universal e efetivo dos direitos e liberdades fundamentais do homem, afirmando, logo no seu preâmbulo, “a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres”¹⁷. Para tanto, a Carta declara, no artigo 1º (3), a promoção da cooperação internacional com o intuito de “promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Igualmente, no artigo 55, alínea “c”, a CNU estabelece como deveres da Organização o favorecimento e a promoção de um “respeito universal e efetivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos”, novamente, “sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.”

A fim de garantir esses direitos e deveres, como se infere pelo artigo 13º, alínea “b”, a Organização deixou a cargo da AG a realização de estudos e de recomendações que possam garantir a cooperação internacional que visa, nomeadamente, a promoção e proteção dos direitos humanos. Por outro lado, o cumprimento

¹⁵ Devido ao escopo da presente pesquisa, a mesma limitar-se-á à apresentação do sistema de proteção internacional dos direitos humanos conforme estabelecido pela ONU. Contudo, cabe salientar que sistemas regionais como o Conselho da Europa (com o relevante papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, da Carta Social Europeia e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem) e o sistema interamericano de Direitos do Homem (com especial atenção a Convenção Americana dos Direitos do Homem e do Tribunal Interamericano dos Direitos do Homem), juntamente com o papel das ONG's, foram de fundamental importância para a criação da rede normativa internacional de Direitos do Homem hodierna.

¹⁶ Cfr. ONU. **Carta das Nações Unidas.** § 1º (1-4).

¹⁷ Redação do Preâmbulo da Carta das Nações Unidas.

e a efetivação dessas recomendações - de maneira a certificar a efetividade de tais direitos e liberdades - ficou a cargo do Conselho Econômico e Social¹⁸.

Essa atribuição de poderes específicos à Assembleia Geral e ao Conselho Econômico e Social foi de primordial importância para o funcionamento do sistema atual dos direitos fundamentais, pois nos primeiros anos de vigência da ONU, além de se questionarem por diversas vezes a obrigação jurídica dos Estados perante as disposições previstas, a Carta não continha uma clara enumeração dos citados direitos e liberdades fundamentais. Assim, os referidos dispositivos permitiram a adequada concretização das proclamações realizadas na Carta, uma vez que em 1948 a AG da ONU adotou a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Ressalte-se, porém, que muito embora tenha enumerado e definido os mais importantes direitos civis, políticos, sociais e econômicos e culturais, a Declaração (que hoje tem a sua natureza convencional comprovada)¹⁹ não instaura nenhum mecanismo jurídico de controle, possuindo apenas caráter de mera resolução declarativa de princípios da AG, ou seja, possui apenas valor pragmático, não permitindo, em princípio, que a universalidade dos Estados a considerem como fonte de obrigações jurídicas para os sujeitos de Direito Internacional²⁰.

Hoje, contudo, está claro que muitos dos princípios elencados na Declaração possuem natureza consuetudinária, sendo reconhecidos, inclusive, como normas de *jus cogens*²¹, o que, *per se*, seria suficiente para caracterizar o seu valor impositivo²². Igualmente, a imperatividade destes direitos foi reforçada com a subsequente adoção, em 1966, de dois Pactos Internacionais - um sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais e o outro sobre Direitos Civis e Políticos – que, somados ao resul-

¹⁸ Conforme a redação dos artigos 62º, 68º e 76º, todos da Carta das Nações Unidas.

¹⁹ Hoje a interpretação que prevalece é a de que o artigo 56º da CNU institui uma obrigação de cooperação por parte de os Estados membros. Sobre o ponto, vejam-se, *inter alia*, RODRIGUES, Simone Martins, **Segurança Internacional e Direitos Humanos...** p. 73; ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 338.

²⁰ Cfr., ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 338; RODRIGUES, Simone Martins, **Segurança Internacional e Direitos Humanos...** p. 73.

²¹ Isto é, consideradas normas peremptórias do Direito Internacional Público. Cfr., MACHADO, Jônatas Eduardo Mendes, **Direito Internacional...** p. 364; ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 338.

²² Podemos citar normas peremptórias de direitos humanos (que são amplamente reconhecidas pela comunidade internacional) como, por exemplo, a proibição da tortura, da escravidão, da discriminação e do cometimento de crimes contra a humanidade. O Comitê de Direitos Humanos também aponta como normas peremptórias do Direito Internacional: a privação arbitrária da vida, a privação arbitrária de liberdade e as violações de certos direitos ao devido processo legal, contudo seu reconhecimento como normas de *jus cogens* não é tão unívoco quanto à dos direitos anteriormente citados. Cfr., ONU. **Fact Sheet nº 32 - Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism.** Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2008), p. 4.

tado da Conferência Mundial de Direitos Humanos no Teerã, deixou claro o entendimento de que a Declaração constituía uma obrigação para todos os membros da comunidade internacional. Assim, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, juntamente com os dois Pactos Internacionais adotados em 1966 e com o acréscimo do Protocolo Facultativo (anexado ao Pacto sobre Direitos Civis e Político) – constitui a chamada Carta Internacional dos Direitos do Homem.

Destarte, é possível afirmar que a tutela internacional dos direitos humanos estabelecida pela ONU está solidificada em dois pilares fundamentais. De um lado, o alcance dessa proteção é determinado pelo princípio da universalidade dos direitos do homem. Por outro lado, a aludida obrigação internacional de promover e respeitar estes direitos se caracteriza por ter natureza de obrigação *erga omnes*, ou seja, esta obrigação vincula cada Estado perante toda a comunidade internacional. Talvez, mais importante do que dizer que recai sobre todos seus membros o dever de promover e respeitar tais preceitos, seja importante ressaltar que também recai sobre todos os Estados o direito de exigir respeito e responsabilização quando estes direitos forem violados²³.

É preciso ter cuidado, porém, ao afirmar que os direitos dos homens são efetivamente universais, permitindo a sua cobrança por todos, pois as diversidades regionais, as diferenças de desenvolvimento econômico e de regimes políticos, a disparidade das tradições culturais e religiosas que se fazem presentes nas diferentes localidades e sociedades do mundo, parecem ferir diretamente a universalidade desse conceito²⁴. A extrema heterogeneidade dos Estados espalhados pelo mundo colabora à incompatibilidade da universalização destes direitos. Assim, antiga querela que diferencia a terminologia alemã de “comunidade” (*Gemeinshaft*) e “sociedade” (*Gesellschaft*)²⁵, talvez ganhe aqui o seu maior significado.

Reconhece-se, contudo, que alguns direitos humanos já têm a sua devida parcela de aceitação perante a comunidade internacional como um todo. Assim, para além de alguns dos direitos fundamentais civis e políticos, ou econômicos sociais e culturais, podemos afirmar que o direito de não ser pre-

²³ Vejam-se, *inter alia*, ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 339; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, **Direito Internacional...** pp. 363-364.

²⁴ Por vezes, os fatores de desunião podem ser assinaláveis até mesmo dentro de um mesmo continente ou de um mesmo país. O continente asiático, por exemplo, apresenta diferentes influências socioculturais e religiosas (confucionistas, budistas, islamistas, taoistas, hinduístas), que são aparentes até internamente, podem acarretar entendimentos diferentes acerca do problema dos direitos humanos e da sua proteção internacional. Cfr., ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 339.

²⁵ Sobre este ponto, veja-se, PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 40-41.

so arbitrariamente, de não ser submetido à tortura ou outros tratamentos degradantes e o direito a um processo equitativo já podem ser considerados como constituintes de um núcleo, embora não muito alargado, de direitos considerados absolutamente essenciais à dignidade da pessoa humana. Não podemos negar, igualmente, que o conteúdo destes direitos já é objeto de um consenso geral da comunidade internacional, ou seja, segundo normas internacionais, nem mesmo padrões civilizacionais, ideológicos, culturais ou religiosos podem permitir abdicações ou restrições internas deste particular conjunto de direitos²⁶.

Certamente, muito disto se deve ao trabalho dedicado pela ONU nas suas primeiras décadas de vigência, trabalho que ficou claro pelos inúmeros instrumentos de defesa e promoção daqueles novos direitos, sejam eles gerais²⁷ ou específicos²⁸. Hoje é possível dizer, conclusivamente, que “a promoção e proteção dos direitos humanos constituem questões prioritárias para a comunidade internacional²⁹”. Importante lembrar, contudo, que as funções da ONU não se limitam à defesa e promoção dos direitos humanos, uma vez que a manutenção da paz e da segurança internacional, conforme se demonstrou, também está elencada entre os seus objetivos primordiais.

3. TERRORISMO E OS DIREITOS HUMANOS

Apesar de não ser um fenômeno novo, o terrorismo³⁰ pode ser assim considerado quando nos referimos ao assunto como tema de Direito Internacional. Isto porque, um dos primeiros esforços tomados pela comunidade internacional no sentido de abordar o assunto somente se deu em 1937 com a adoção da Convenção de Genebra. Elaborada pela Liga das Nações, ainda que não tenha entrado

²⁶ Cfr., ALMEIDA, Francisco Ferreira de, **Direito Internacional...** p. 339.

²⁷ Aqui podemos citar a Carta Internacional dos Direitos do Homem que, conforme vimos, é formada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pelos dois Pactos Internacionais adotados em 1966 (com o acréscimo do anexo ao Pacto sobre Direitos Civis e Político).

²⁸ Além dos documentos que constituem a Carta Internacional dos Direitos Humanos, a ONU também adotou instrumentos específicos de proteção aos direitos humanos, *v.g.*, a Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, a Convenção Internacional sobre eliminação de todas as formas de discriminação racial, a Convenção contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, inumanas ou degradantes, a Convenção sobre direitos da criança, instrumentos relativos à proibição da escravatura, prostituição e tráfico de seres humanos e também instrumentos estritamente ligados ao problema do *apartheid*.

²⁹ Texto da Declaração e Programa de Ação em Viena. Adoptados em 25 de Junho de 1993 pela Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, que se realizou em Viena, Áustria, de 14 a 25 de Junho de 1993.

³⁰ Ressalte-se, desde logo, que, conforme se demonstrará mais adiante, o termo “terrorismo” ainda não possui uma definição aceita de maneira consensual pela comunidade internacional.

em vigor, a convenção visava à prevenção e punição do terrorismo.³¹ Cumprindo com o seu papel de sucessora da Liga, a ONU também tomou iniciativas que visavam o combate e a identificação de problemas ligados ao terrorismo, nomeadamente por meio de tratados multilaterais e de trabalhos específicos realizados por intermédio de seus órgãos.³²

Muito embora esses esforços tenham sido claros, em 11 de setembro de 2001 a sociedade internacional foi abalada pelos atentados realizados pelo grupo terrorista Al-Qaeda. O grupo foi acusado de planejar e executar ataques à Nova York e à Washington, atingindo, respectivamente, as Torres Gêmeas do *World Trade Center* e o Pentágono norte-americano. Ainda que não tenham sido os primeiros nesse sentido, tampouco os mais recentes, esses atentados conseguiram atingir um grau de internacionalização de terror nunca antes obtido e jamais repetido, colocando o sistema jurídico internacional em julgo, uma vez que os Estados passaram a questionar as suas legítimas formas de atuação e defesa em face das novas ameaças. Assim, enquanto a ONU tenha abordado anteriormente o assunto, a verdadeira “guerra ao terrorismo” só foi lançada pela sociedade internacional após os acontecimentos de 2001. A onda reacionária iniciada pela sociedade internacional demonstrou que o tema já merecia a atenção e uma ação conjunta por parte da comunidade internacional.

4. PROLEGÔMENOS: A DEFINIÇÃO JURÍDICA DO TERMO “TERRORISMO”

Embora a comunidade e os órgãos internacionais tenham reagido à onda de terrorismo por meio de inúmeros tratados multilaterais adotados pelo CS da ONU, ainda não é possível afirmar que a comunidade jurídica internacional tenha atingindo um consenso relativo quanto à definição jurídica do termo “terrorismo”. Termo esse que, mesmo sem a definição uníssona jurídica, é usualmente utilizado para se referir a atos de violência perante cidadãos comuns, que são realizados a fim de atingir objetivos políticos ou ideológicos³³.

Não obstante a sua classificação jurídica definitiva, podemos retirar dos inúmeros tratados internacionais alguns exemplos claros de como o conceito de terrorismo vem sendo aplicado. Em 1994, a Declaração sobre as Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional, adotada pela AG da ONU por meio da Resolução

³¹ Cfr. OEA. **Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2002), p. 14.

³² *Ibid.*, p. 18.

³³ Cfr. ONU. “Fact Sheet nº 32 - Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism”. Humanos (2008), p. 5.

49/60, estabelece que “atos criminosos destinados (ou planejados) a provocar um estado de terror no público em geral, a um grupo de pessoas ou a pessoas particulares como objetivo de atingir fins políticos” não podem ser justificados por qualquer padrão político, ideológico, filosófico, racial, étnico, religioso ou de qualquer outra natureza, deixando claro que estes atos são considerados como atos terroristas que constituem uma grave violação aos propósitos e princípios estabelecidos pela ONU³⁴.

Dez anos após a adoção da Resolução 49/60, o CS da ONU adotou igualmente a Resolução 1566 (2004). Esta resolução condena quaisquer “atos criminosos, inclusive contra civis, cometidos com a intenção de causar morte ou graves lesões corporais [...] com o objetivo de provocar um estado de terror no público em geral ou em um grupo de pessoas ou de pessoas particulares, intimidar uma população ou obrigar um governo ou uma organização internacional a fazer ou deixar de praticar qualquer ato”³⁵. Este documento afirma, portanto, que tais ações constituem ofensas que são caracterizadas, por convenções internacionais e seus protocolos adicionais, como atos terroristas. É importante citar, igualmente, o trabalho que vem sendo realizado pelo “Comitê *ad hoc*” da AG da ONU, estabelecido em 17 de dezembro de 1996 pela resolução 51/210³⁶.

O Comitê foi elaborado devido à necessidade, na época, da elaboração de uma Convenção Internacional para a repressão de atentados terroristas. Posteriormente, o Comitê também trabalhou no sentido de adotar uma Convenção Internacional para a supressão de atos de terrorismo nuclear. Ainda, no final do ano de 2000, o Comitê reuniu seus esforços e começou um trabalho voltado ao desenvolvimento do projeto de artigos com o intuito de aprovar a adoção de uma convenção global de combate ao terrorismo, pois todas as convenções adotadas até o presente momento somente tratam do combate e da prevenção de áreas específicas do terrorismo³⁷. Assim, podemos afirmar que o projeto de artigos do comitê caracteriza-se por ser o documento – embora ainda não aprovado - com o mais amplo conceito jurídico do termo “terrorismo”. Segundo o artigo 2º do projeto de artigos do Comitê:

³⁴ Cfr., ONU. **Documento A/RES/60/1**. Assembléia Geral das Nações Unidas (2005).

³⁵ Conforme redação da Resolução 1566 (2004) adotada pelo Conselho de Segurança em 8 de outubro de 2004. Cfr., ONU. **Documento S/RES/1566**. Conselho de Segurança da ONU (2004).

³⁶ O mandato do Comitê *ad hoc* foi subsequentemente reforçado pela Declaração sobre as Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional (Res. 49/60 de 9 de Dezembro de 1994) e pela Declaração de 1996 adotada para complementar a Declaração de 1994 sobre as Medidas para Eliminar o Terrorismo Internacional (Res. 51/210 de 17 de Dezembro de 1996). O mandato que foi reestabelecido é periodicamente revisto pela Assembleia Geral em suas resoluções sobre o tema da agenda “Medidas para eliminar o terrorismo Internacional”.

³⁷ Informações disponíveis no site do Comitê *ad hoc* da ONU. Disponível em: <<http://www.un.org/law/terrorism/index.html>>.

1. Qualquer pessoa comete um crime cabível no contexto desta Convenção se essa pessoa, por qualquer meio, ilícita e intencionalmente, provocar:

- (a) morte ou graves lesões corporais a pessoa, ou;
 - (b) danos à propriedade pública ou privada, incluindo locais de uso público, instalações do Estado ou do Governo, sistemas de transporte público, infraestruturas ou o ambiente;
 - (c) danos à propriedade, locais, instalações ou sistemas referidos no parágrafo 1 (b) do presente artigo, resultantes ou susceptíveis de resultar em prejuízos económicos consideráveis;
- quando a finalidade da conduta, por sua natureza ou contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a realizar ou abster-se de praticar qualquer ato.

2. Qualquer pessoa também comete delitos [cabíveis no contexto desta Convenção] se essa pessoa realiza uma séria e credível ameaça de cometer um dos delitos previstos no parágrafo 1º do presente artigo.

3. Qualquer pessoa também comete um delito [cabível no contexto desta Convenção] se tentar cometer um dos delitos previstos no parágrafo 1 do presente artigo.³⁸

O projeto também define, no artigo 2º (4), a participação como uma ofensa cabível na acepção do termo adotado pela convenção. Da mesma forma, são englobados pelo termo, os atos de participação como cúmplice, de organização ou direção de outros e de contribuição para a prática do terrorismo por um grupo de pessoas agindo com um propósito comum.

Porém, embora os Estados-Membros tenham acordado acerca de várias disposições do projeto, algumas divergências políticas ainda não permitem um consenso sobre a adoção completa do texto, nomeadamente com relação à definição do termo “terrorismo”, pois este ainda abrange o direito das minorias.³⁹ Contudo, apesar da falta de uma definição jurídica, podemos afirmar que os impactos causados pelos atos terroristas têm um relevante significado na esfera dos Direitos Humanos. Conforme se demonstrará adiante, os atos cometidos por estes movimentos têm um impacto direto sobre inúmeros direitos fundamentais, em especial os direitos à vida, liberdade e integridade física e mental.

³⁸ Artigo 2º do Projeto global de combate ao terrorismo.

³⁹ Isto devido a diferenças políticas e ideológicas no que se refere à inclusão ou não, por exemplo, dos atos tomados pelos povos com direito à autodeterminação, bem como dos atos cometidos por movimentos políticos contrários aos regimes estatais que estejam em vigor.

5. IMPACTOS DIRETOS DO TERRORISMO DO GOZO DOS DIRETOS HUMANOS

Atos terroristas possuem a capacidade de desestabilizar governos e sociedades, de pôr em risco a paz e segurança internacional e também de ameaçar o desenvolvimento social e econômico das sociedades atingidas. Todos os instrumentos de combate ao terrorismo que são adotados - sejam internacionais ou regionais - afirmam que os Estados têm um dever (e um direito) de proteger os indivíduos que estão sob sua tutela, não há qualquer dúvida quanto a isso. Conforme se buscou demonstrar, cabe ao corpo político servir e garantir os direitos mínimos que são necessários a uma vida digna dos indivíduos, ou seja, cabe ao Estado à proteção de seus tutelados, especialmente quando estes sofrem infrações aos seus direitos mais básicos. Portanto, a análise do impacto dos atos terroristas nos direitos humanos se faz de suma importância uma vez que os atos terroristas:

1. *Ameaçam a dignidade e a segurança dos seres humanos em todos os lugares, põem em perigo ou levam vidas inocentes, criam um ambiente que coloca a liberdade do povo em risco, comprometem liberdades fundamentais e visam especialmente à destruição dos direitos humanos;*
2. Tem um efeito adverso sobre o estabelecimento do Estado de Direito, minam a sociedade civil pluralista, visam à destruição de bases democráticas da sociedade, e desestabilizam governos legitimamente constituídos; [...]
4. Têm consequências adversas para o desenvolvimento econômico e social dos Estados, colocando em risco as relações amistosas entre Estados, tendo um impacto pernicioso sobre as relações de cooperação entre os Estados, incluindo a cooperação para o desenvolvimento, e;
5. Ameaçam a integridade territorial e a segurança dos Estados, constituem uma grave violação à finalidade e aos princípios das Nações Unidas, ameaçam a paz e a segurança internacionais, devendo ser suprimidos, como um elemento essencial à manutenção da paz e da segurança internacionais.⁴⁰

Estas são somente algumas das consequências que o efeito das ameaças e do cometimento de atos terroristas pode causar nas sociedades atingidas. Estratégias terroristas muitas vezes visam cidadãos comuns como alvo, a fim de atingir objetivos políticos ou ideológicos, ou a fim de minar governos e sociedades por meio do estabelecimento do caos. Deste modo, os cidadãos acabam atingidos de duas maneiras, primeiro com a desestabilização do Estado que deveria protegê-los e, segundo, de maneira direta devido ao alto grau de fatalidade que ge-

⁴⁰ *Ibid.*, pp. 7-8. (Tradução e destaque nossos).

ralmente está atrelado aos ataques. Assim, podemos dizer que os ataques geram, primeiramente, o dever (e consequentemente o direito) dos Estados de tomar medidas de prevenção em face de futuros ataques, uma vez que um dos principais efeitos dos ataques terroristas está relacionado com a infração do direito à vida. Segundo, os ataques geram o dever de ação do Estado perante os seus tutelados atingidos pelo ataque.

Em outras palavras, as infrações ao direito à vida requerem duas ações ativas por parte dos Estados, uma tomada a fim de impedir futuros ataques e outras voltadas à prestação de auxílio às vítimas do ataque. No cenário destas últimas, a Resolução 60/01 da Assembleia Geral da ONU afirmou a “importância de ajudar as vítimas, providenciando-lhes, e aos seus familiares, todo suporte necessário para lidar com suas perdas e sua dor”⁴¹, havendo assim um crescente reconhecimento, por parte da comunidade internacional, da importância do respeito dos direitos humanos de todas as vítimas do terrorismo.

Da mesma forma, a Estratégia Antiterrorista da ONU reflete o compromisso assumido pelos Estados-Membros em “promover a solidariedade internacional em apoio das vítimas e promover a participação da sociedade civil em uma campanha global contra o terrorismo e para a sua condenação”⁴². Assim, apesar de não termos normas específicas do tratamento das vítimas de terrorismo, normas internacionais e regionais - que visam à proteção de vítimas de crimes de violações graves do Direito Humanitário e do Direito Internacional dos Direitos Humanos - podem servir de base para garantir uma efetiva proteção para as vítimas de crimes de terrorismo.

Podemos citar a “Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder”⁴³ como exemplo de norma internacional que pode ser utilizada para dar proteção às vítimas de terrorismo. De acordo com a declaração, entendem-se por vítimas as pessoas que “individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder”⁴⁴.

⁴¹ Cfr. ONU. “Documento A/RES/60/1”. Unidas (2005), p. 23.

⁴² Cfr. ONU. “Fact Sheet nº 32 - Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism”. Humanos (2008), p. 9. (Tradução nossa)

⁴³ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985. Cfr., ONU. **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder**. Assembléia Geral das Nações Unidas (1985).

⁴⁴ Cfr., parágrafo 1º do Anexo da Resolução 40/34 da Assembleia Geral da ONU.

Ainda segundo a declaração, indivíduos que sofreram com os crimes podem ser considerados como “vítimas” na acepção do citado instrumento “quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e quaisquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima”⁴⁵, inclusive incluindo, conforme o caso, “a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima direta e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização”⁴⁶.

Deste modo, apesar do instrumento ser datado de 1985, a redação dada à “Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder” permite, sem dúvida alguma, que as vítimas de crimes de terrorismo recebam o apoio e a proteção estabelecida pelo instrumento normativo citado. A citada legislação permite, inclusive, caso a caso, a proteção e o apoio aos familiares da vítima. Podemos afirmar, ainda, que as declarações atuais por parte dos Estados Membros e por parte de órgãos internacionais oficiais - como, por exemplo, da AG da ONU - afirmam a necessidade de proteção das vítimas de crimes de terrorismo, corroborando, assim, à permissão da utilização de instrumentos normativos alternativos na proteção destes indivíduos. Assim, de acordo com a declaração, podemos afirmar que as vítimas de terrorismo têm o direito de receber atenção e ajuda especializada, ficando a cargo dos Estados providenciarem, *inter alia*:

1. Que as vítimas sejam tratadas com compaixão e respeito pela sua dignidade;
2. Que as vítimas tenham direito ao acesso às instâncias judiciais e a uma rápida reparação do prejuízo por si sofrido, de acordo com o disposto na legislação nacional;
3. Assistência adequada ao longo de todo o processo;
4. Medidas para minimizar, tanto quanto possível, as dificuldades encontradas pelas vítimas, proteger a sua vida privada e garantir a sua segurança, bem como a da sua família e a das suas testemunhas, preservando-as de manobras de intimidação e de represálias;
5. Medidas a fim de evitar demoras desnecessárias na resolução das causas e na execução das decisões ou sentenças que concedam indenização às vítimas;
6. Garantias de que, sempre que possível, as vítimas desfrutem de restituição e compensação;

⁴⁵ Ibidem, parágrafo 2º.

⁴⁶ Idem.

7. Que as vítimas recebam a assistência material, médica, psicológica e social de que necessitem, através de organismos estatais, de voluntariado, comunitários e autóctones, inclusive informando-as da existência de serviços de saúde, de serviços sociais e de outras formas de assistência que lhes possam ser úteis, facilitando o acesso das mesmas.⁴⁷

Parece claro, portanto, a necessidade e a possibilidade de ação dos Estados no sentido de prestar proteção e auxílio especializado às vítimas dos ataques terroristas. Porém, conforme apresentou-se, com fundamento nas normas internas ou internacionais, os Estados têm igualmente o dever/direito de proteger os seus tutelados dos ataques ocorridos ou de prováveis ataques eminentes.⁴⁸ As maiores problemáticas, parecem derivar, portanto, deste último binômio, isto é, do direito/dever de reagir diretamente aos ataques, nomeadamente das ações estatais de perseguição e acusação dos responsáveis pela perpetração destes atos. Serão estas ações, por conseguinte, que receberão o maior esforço de análise crítica nos próximos tópicos desta pesquisa.

6. O COMBATE AO TERRORISMO E OS DIREITOS HUMANOS

Hoje podemos afirmar que os principais meios internacionais de combate ao terrorismo assentam nas Resoluções da ONU, nomeadamente nas Resoluções 1267 e 1373. Criadas ao abrigo do capítulo VII da CNU e adotadas pelo CS da ONU em 1999 e 2001, essas resoluções têm o objetivo de combater o terrorismo e seu financiamento de maneira focada e inteligente⁴⁹. Elaboradas em resposta a específicas ações terroristas⁵⁰, as duas resoluções preveem, na sua essência, se-

⁴⁷ Veja-se, a respeito da citação completa, ONU. "Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder". Unidas (1985), §§ 1º, 2º, 4º, 6º(c,e), 8º, 14º e 15º.

⁴⁸ Vejam-se, a exemplo, a utilização do instituto da legítima defesa preventiva, ou preemptiva.

⁴⁹ Estas "sanções inteligentes" são por vezes referidas pela doutrina como *individual sanctions*, *target sanctions* ou *smart sanctions*. Vejam-se como referência da utilização destes termos, respectivamente, ECKES, Christina. "Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?", **European Law Journal**, vol. 18, nº 2 (2012), p. 232; ERIKSSON, Mikael. **In Search of a Due Process - Listing and Delisting Practices of the European Union**. Suécia: Uppsala University, 2009, p. 15; WILLIS, Grant L. "Security Council Target Sanctions, Due process and the 1267 Ombudsperson", **Georgetown Journal of International Law**, vol. 42 (2011), p. 679.

⁵⁰ A Resolução 1373 foi adotada pelo CS da ONU logo após os atentados realizados em Nova York e em Washington, em 11 de setembro de 2001. Por outro lado, o regime sancionatório estabelecido pela Resolução 1267 foi instaurado devido à omissão das autoridades Talibãs perante o pedido estadunidense de extradição do terrorista Osama bin Laden. O pedido de extradição deu-se devido à acusação de cometimento de atentados contra embaixadas norte-americanas e de planejamento da morte de cidadãos estadunidenses que residiam fora do seu território nacional. Os atentados foram cometidos em 7 de Agosto de 1988, contra as embaixadas norte-americanas situadas em

melhantes medidas de prevenção do combate ao terrorismo. Isto porque, ambas têm como base diversos embargos à liberdade e o congelamento de fundos dos acusados⁵¹.

Atualmente, por exemplo, o regime sancionatório instituído pela resolução 1267 requer a ação dos Estados Membros a fim de combater o terrorismo e o seu financiamento por meio do cumprimento de três objetivos essenciais: (i) congelar sem demora os fundos e outros ativos financeiros ou recursos económicos das pessoas e entidades designadas⁵² (*congelar bens*)⁵³; (ii) impedir a entrada ou o trânsito de indivíduos listados pelos seus territórios⁵⁴ (*proibições de viagens*) e; (iii) impedir o fornecimento direto ou indireto, a venda e a transferência de armas e material conexo de todos os tipos, peças de reposição e assistência técnica, assistência ou formação relacionada com atividades militares, para indivíduos e entidades designadas como organizações terroristas (*embargo de armas*)⁵⁵.

Os termos da Resolução 1373 não fogem dos termos acima apresentados, porém uma das mais importantes diferenças entre os regimes estabelecidos por estas semelhantes resoluções pode ser identificada no processo de listagem e deslistagem dos indivíduos acusados e sujeitos às sanções previstas. Enquanto a resolução 1373 encarrega os Estados Membros⁵⁶ com o processo de listagem

Nairóbi (Quénia) e em Dar es-Salaam (Tanzânia) e, para o CS da ONU, a omissão das autoridades Talibãs perante as exigências de entrega do acusado e o consequente refúgio concedido ao terrorista Osama bin Laden constituíram uma ameaça à paz e à segurança internacionais. Deste modo, segundo interpretação do órgão da ONU, estes fatos justificaram a instituição do regime sancionatório específico à Al-Qaeda e ao Talibã

⁵¹ Ver, por exemplo, artigo 1º, alínea “c”, da Resolução 1373 (2001) do CS da ONU ou artigo 4º, alíneas “a” e “c” da Resolução 1267 (1999) do CS da ONU.

⁵² Parágrafo 1º, alínea “a”, da Resolução 1989 (2011) do CS da ONU.

⁵³ Embora não relacionado às citadas resoluções, podemos apontar como um exemplo recente dessas estratégias o ordenamento pelo governo do Quénia do congelamento de aproximadamente 86 contas bancárias de pessoas e entidades supostamente ligadas ao financiamento do terrorismo e da milícia Al Shabab, autora do recente ataque no campus universitário de Garissa, no leste do país, que fez ao menos 148 mortos.

⁵⁴ Idem, parágrafo 1º alínea “b”.

⁵⁵ Idem, parágrafo 1º alínea “c”.

⁵⁶ Deste modo, quando nos referimos ao caso da União Europeia, o procedimento que leva ao congelamento de fundos, das chamadas “sanções autônomas” dá-se tanto a nível comunitário quanto a nível nacional, pois a indicação à listagem das entidades e dos indivíduos fica a cargo das autoridades nacionais judiciárias competentes, porém cabe ao Conselho estabelecer, rever e alterar, por unanimidade, as sugestões apresentadas por estas autoridades. Para uma visão mais aprofundada do assunto ver, *inter alia*, AZAROV, Valentina; EBERT, Franz Christian. All done and dusted? Reflections on the EU standard of judicial protection against UN blacklisting after the ECJ’s Kadi Decision, **Hanse Law Review**, vol. 5, nº 1 (2009), p. 108; LONDRA, Fiona de; KINGSTON, Suzanne. Rights, Security and Conflicting International Obligations: Exploring Inter-Jurisdictional Judicial Dialogues in Europe, **American Journal of Comparative Law**, vol. 58, nº 2 (2010), p. 373; BRATANOVA, Elena. Terrorist Financing and EU Sanctions Lists: Is the Court’s Annulment of a Council Decision a

dos indivíduos e entidades que devem ser sancionados, a listagem dos indivíduos relativos ao regime sancionatório imposto pela resolução 1267 - que é voltada ao combate dos grupos da Al-Qaeda e do Talibã - ocorre primordialmente no âmbito da ONU. Assim, a decisão final acerca da listagem e da deslistagem dos indivíduos, aos quais estas sanções se aplicam, fica exclusivamente a cargo do Comitê de Sanções da ONU⁵⁷.

Embora aparentemente parecidas, os resultados práticos dessa diferença são enormes, uma vez que o processo de listagem e deslistagem que ocorre no âmbito do CS pode ser considerado como a principal causa das diversas críticas que vêm sendo direcionadas aos novos regimes individuais, ou seja, majoritariamente direcionadas ao Regime sancionatório estabelecido pela Resolução 1267. As principais críticas voltadas a estes regimes têm em sua base alegações relacionadas à infração de direitos fundamentais dos particulares que são, ou foram adicionados à Lista Consolidada pelo Comitê de Sanções. As críticas fazem referência, nomeadamente, à infração dos direitos ligados a um processo equitativo e a um controle jurisdicional efetivo.⁵⁸

Na prática, quanto ambas resoluções apresentem impactos diretos no gozo dos direitos fundamentais dos indivíduos listados (como, por exemplo, no direito à liberdade e à propriedade), o processo de deslistagem e verificação do cumprimento dos parâmetros estabelecidos no processo de sanções impostas pela Resolução 1373 cabem aos tribunais comunitários⁵⁹, o que torna o acesso à justiça e o cumprimento dos direitos de defesa mais acessíveis aos indivíduos. O regime estabelecido pela Resolução 1267, por outro lado, nos parece ser mais problemático.

Lasting Protection for an Organization?, **The Columbia Journal of European Law Online**, vol. 15, nº 2 (2009), pp. 7-8; PORRETTO, Gabriele. The European Union, Counter-Terrorism sanctions against Individuals and Human Rights Protection. **Fresh Perspectives on the 'War on Terror'** (ed. Penelope Mathew e Miriam Gani). Caberra: ANU E Press, 2008, p. 243.

⁵⁷ Pedidos de listagem e de deslistagem podem ser realizados pelos Estados Membros, porém os atos de atualização, remoção e adição de indivíduos e entidades somente caberão ao Comitê de Sanções. É importante ressaltar que a sobreposição dos regimes é evitada dando-se prioridade às sanções aplicáveis pelo regime da Resolução 1267, ou seja, os indivíduos já sancionados pelas sanções voltadas ao Al-Qaeda e ao Talibã não podem ser igualmente adicionados ao anexo da Posição Comum e do Regulamento relativos ao regime de sanções da Resolução 1373.

⁵⁸ Vejam-se, por exemplo, WILLIS, Grant L. Security Council Target Sanctions...; TLADI, Dire; TAYLOR, Gillian. On the Al Qaida/Taliban Sanctions Regime: Due Process and Sunsetting, **Chinese Journal of International Law**, vol. 10, nº 4 (2011).

⁵⁹ Podemos apontar aqui como exemplo a recente decisão proferida no caso C-27/09 P - *France v People's Mojahedin Organization of Iran*. O acordão prolatado em 21 de dezembro de 2011 baseou-se principalmente em decisões anteriormente proferidas para reiterar a necessidade do cumprimento de direitos essenciais aos indivíduos pertencentes à União Europeia, nomeadamente os direitos a um devido processo legal e à ampla defesa.

O processo e todas as consequências englobadas pelo regime de listagem dos acusados pela Resolução 1267 estão sob jurisdição da ONU. Assim, diferentemente do que ocorre com a Resolução 1373, todos os acusados pela ONU encontram dificuldades no acesso às informações do seu processo. No passado, por exemplo, os indivíduos e as entidades listadas no anexo da Resolução 1267 não eram informados em momento algum acerca da sua inclusão na lista. Os acusados não recebiam nenhuma notificação, fosse por parte do Comitê de Sanções ou por parte do Estado designador. Deste modo, muitos dos indivíduos sancionados somente tomavam conhecimento do congelamento dos seus bens quando estes tentavam retirar dinheiro em um caixa eletrônico ou em um banco⁶⁰.

Para piorar a sua situação, o único processo de deslistagem disponível no início da aplicação das sanções se dava por meio de contatos bilaterais realizados pelo Estado do qual o indivíduo era nacional ou residente. Este contato inicial tinha o intuito de requerer que o Estado designador retirasse as acusações realizadas em face ao acusado. A problemática deste tipo de negociação era extensa, pois mesmo após o pedido de deslistagem por parte do Estado designador, o indivíduo ainda necessitava de uma aprovação unânime por parte dos membros do Comitê para atingir a almejada deslistagem. Em outras palavras, mesmo após o sucesso por via diplomática, o indivíduo ainda poderia ficar à mercê de processos burocráticos, tendo a sua acusação mantida por parte dos membros do Comitê.

Em 2006 o CS da ONU tomou um passo no sentido de melhorar o processo de deslistagem, estabelecendo, por meio da Resolução 1730, o chamado *Focal Point*. Este novo escritório dentro do secretariado da ONU não pôde ser considerado como uma grande evolução no processo de deslistagem, uma vez que sua principal função estava limitada a receber pedidos de solicitação de deslistagem e simplesmente transmiti-los às comissões das respectivas sanções, ou seja, a criação deste instituto não alterou o processo de decisão que era tomado pelo Comitê. Podemos afirmar, portanto, que a maior evolução neste sentido ocorreu em 2009 com a adoção da Resolução 1904 (2002) e o consequente estabelecimento do escritório do *ombudsperson*⁶¹. Não obstante a adoção desta inovadora resolução, muitos autores ainda afirmam que o processo de decisão continua a ser essencialmente “diplomático e intergovernamental” fazendo com que os

⁶⁰ Veja-se, sobre este ponto, ZGONEC-ROŽEJ, Miša. Kafka, Sisyphus, and Bin Laden: Challenging the Al Qaida and Taliban Sanctions Regime, **Essex Human Rights Review**, vol. 8, nº 1 (2011), p. 74.

⁶¹ Segundo informações retiradas do site da ONU, um total de 28 pedidos de deslistagem foi encaminhado pelo escritório do *ombudsperson* ao Comitê de Sanções, sendo que 19 destes 28 pedidos continham relatórios com informações de pedidos específicos de deslistagem. Destes 19 pedidos encaminhados, 13 pedidos de deslistagem foram aceitos pelo Comitê; 1 pedido foi negado e; 1 pedido foi retirado pelo acusado antes mesmo do Comitê se pronunciar. Informações disponíveis em: <<http://www.un.org/sc/committees/1267/delisting.shtml>>.

indivíduos sancionados continuem sem uma “oportunidade para fazer valer os seus direitos”⁶².

Conforme vimos, o processo de deslistagem no âmbito da ONU é insatisfatório e não apresenta qualquer garantia jurídica - como, por exemplo, um devido processo legal e o direito à ampla defesa, uma vez que os indivíduos listados sequer têm acesso ao teor completo dos motivos pelos quais estão sendo listados⁶³. Deste modo, os indivíduos listados passaram a instaurar processos perante cortes comunitárias. Porém, devido aos conflitos de jurisdição instaurados entre a ONU e os Tribunais Comunitários, os requerentes devem preparar-se para excruciantes batalhas jurídicas⁶⁴, comparadas por vezes, aos romances aos romances kafkianos e ao mito de Sisyphus. Sem sombra de dúvidas, os processos de deslistagem realizados no interior da ONU parecem assemelhar-se a um processo interminável e inalcançável que acarreta enormes impactos no gozo dos direitos fundamentais dos acusados.

A inclusão de um acusado nas listas anexas às resoluções de combate ao terrorismo permite aos Estados aplicar as diversas sanções previstas nas já citadas resoluções. Assim, quando inclusos na Lista Consolidada, os acusados passam a sofrer com o choque causado pela aplicação das medidas sancionatórias. O real impacto causado na vida destes indivíduos é imensurável, pois o estigma de ser listado como um terrorista acompanha o acusado pelo resto de sua vida, inclusive após a sua deslistagem. Os direitos à vida privada, à honra, à dignidade e a um

⁶² A grande maioria dos autores que analisaram a evolução e a instituição do escritório do *ombuds-person* partilham desta mesma opinião. Isto se dá principalmente devido ao fato de que o relatório confeccionado pelo *ombuds-person* não possui caráter decisório, ou seja, tem caráter meramente informativo. A decisão final acerca da deslistagem dos acusados permanece na mão do Comitê. Assim a tomada de decisão permanece no âmbito da diplomacia, ficando a mercê da discricionariedade de qualquer um dos membros do Comitê, uma vez que um voto basta para impedir a deslistagem do requerente. Cfr, TLADI, Dire; TAYLOR, Gillian, *On the Al Qaida/Taliban Sanctions Regime...*, p. 782.

⁶³ Uma das críticas que é constantemente realizada pela doutrina, em relação ao regime sancionatório específico à Al-Qaeda e ao Talibã, refere-se à infração dos direitos de defesa dos listados no anexo da Resolução 1267. Antigamente os indivíduos sancionados não tinham acesso aos motivos pelos quais estavam sendo listados, porém hoje isto não pode mais ocorrer, uma vez que o Comitê tem o dever de repassar aos listados o resumo das razões de sua listagem. Contudo, mesmo atualmente, os indivíduos listados não têm condições de defenderem-se de maneira satisfatória. Isto é devido ao fato das alegações contidas na exposição das razões da sua listagem ser feita de maneira superficial. As razões que levam a listagem dos indivíduos sancionados podem ser analisadas no site do Comitê das Sanções, sendo possível confirmarmos que alguns dos indivíduos são sancionados com base em argumentos meramente especulativos e superficiais. Informações disponíveis em: <http://www.un.org/sc/committees/1267/individuals_associated_with_Al-Qaida.shtml>. Acesso em: 25 de jun. de 2014.

⁶⁴ Podemos citar aqui como exemplo o caso do Sr. Yassin Abdullah Kadi que, juntando processos internacionais e comunitários de diferentes instâncias, já acumula mais de 10 anos de batalhas judiciais, inclusive com o mantimento do congelamento dos seus bens.

trabalho⁶⁵ certamente são feridos. O congelamento extenso dos fundos, ou seja, sem uma devida permissão de acesso aos seus bens para garantir as necessidades mais básicas, pode acabar por interferir em direitos igualmente essenciais, como: direito à vida, direito à saúde e direito a um padrão de vida adequado. Por último, a proibição de viajar acaba por limitar o direito à liberdade de movimento⁶⁶. Não há dúvida de que todos esses direitos infringidos são essenciais à vida social de qualquer ser humano, independentemente, como vimos, de diferenças socioculturais.

Porém, alguns autores⁶⁷ vão ainda mais longe e afirmam que o estigma causado pela listagem de um indivíduo pode também afetar o direito daqueles que vivem com ele, ou seja, além de afetar os direitos do indivíduo listado. Isto porque, o impacto da listagem dos acusados pode se estender aos seus familiares, impedindo, inclusive, a educação dos seus filhos. A vida social dos acusados também é abalada, pois o estigma da sua classificação como terrorista pode surtir impactos negativos nas relações sociais, pois pessoas próximas aos acusados acabam sendo intimidadas pela possibilidade de ter o mesmo destino. Diante deste conjunto de efeitos negativos que recaem sobre a vida do listado, não é de se estranhar que muitos dos acusados acabam por requerer a sua deslistagem. Contudo, conforme vimos, os processos de deslistagem também acabam por infringir diversos direitos humanos, nomeadamente no âmbito da ONU, uma vez que o procedimento é essencialmente diplomático e não possui garantias jurídicas.

Apesar dos impactos causados na vida dos acusados, as medidas de combate ao terrorismo que foram estabelecidas pelo CS da ONU são legítimas e assentam em permissões da própria Carta constituinte da Organização. Porém, algumas medidas que foram em face dos acusados de terrorismo não são legítimas e apresentam impactos ainda maiores no gozo dos direitos humanos destes indivíduos. Após os atos terroristas de 2001 o Departamento de Segurança Nacional dos Estados Unidos adotou a chamada “Doutrina Emergente” ou “Doutrina Bush” que declarava guerra aos grupos terroristas e aos Estados que apoiavam tais grupos. A doutrina tinha como princípios a permissão do uso da força unilateral por parte dos Estados Unidos, quando houvesse indícios ou alegações de futuros ataques por parte destes grupos. A Estação Naval de Guantánamo, situada e criada em Cuba na data de 1903 pelos Estados Unidos, pode ser considerada como um símbolo do combate

⁶⁵ Nenhuma das sanções aqui analisadas acarreta uma proibição direta à liberdade laboral dos indivíduos listados, porém o estigma da classificação do indivíduo como terrorista traz consigo efeitos adversos, como por exemplo, uma completa perda da capacidade competitiva no mercado de trabalho.

⁶⁶ Causado essencialmente pela proibição de viajar.

⁶⁷ Ver, nestes termos, ZGONEC-ROŽEJ, Miša, Kafka, Sisyphus, and Bin Laden....

extremo e desmedido ao terrorismo que vêm sendo aplicado pelos Estados Unidos. No ano de 2002, por ordem do então presidente George W. Bush, qualquer prisioneiro norte-americano que fosse acusado de cometer qualquer crime ligado ao terrorismo seria transferido para a prisão de Guantánamo. A ordem estabelecida pelo executivo norte-americano tornou a prisão de Guantánamo na principal instituição de detenção para criminosos classificados como terroristas.

Segundo pesquisa realizada pelo *New York Times*, dos (780) setecentos e oitenta acusados detidos na prisão militar dos Estados Unidos em Guantánamo, (649) seiscentos foram transferidos, (122) cento e vinte e dois ainda permanecem na instituição, (9) nove detentos morreram enquanto estavam sob custódia (pelo menos seis destes detentos cometeram suicídio devido as condições da instituição) e, apesar das acusações iniciais, somente (14) quatorze são realmente suspeitos de envolvimento nos atentados terroristas cometidos em 11 de setembro de 2001⁶⁸. Em outras palavras, somente aproximadamente 1,8% dos acusados realmente deveria ter sido transferido à instituição de detenção especializada.

É cediço que a instituição é famosa pelas flagrantes infrações dos direitos humanos dos acusados. Muitos dos detentos capturados no Afeganistão que foram levados para Guantánamo ainda não receberam qualquer tipo de julgamento, enquanto outros foram julgados, mas sem que se cumprissem quaisquer normas nacionais ou internacionais de *due process*. Segundo a Anistia Internacional⁶⁹, os julgamentos, daqueles que tiveram este privilégio, foram realizados de maneira extremamente prejudicial aos acusados, com graves infrações ao direito a um processo equitativo. Apesar das “menores” infrações dos direitos processuais (direito a um processo equitativo, direito à ampla defesa, etc.), a instituição é realmente conhecida pelas flagrantes infrações aos direitos de humanos que são considerados, por normas internacionais, como direitos inderrogáveis, mesmo em situações de urgência. Diversos detentos confessaram “seus crimes”, por exemplo, mediante excruciantes sessões de tortura. Diversos detentos da instituição⁷⁰ reportaram sofrer torturas psicológicas e físicas. Assim, graves infrações a direitos inderrogáveis como: direito ao reconhecimento da personalidade jurídica de todos os indivíduos, o direito à vida e o direito à proibição de submissão à tortura, tratamentos desumanos ou degradantes eram diariamente infringidos na instituição.

⁶⁸ Informações disponíveis em: <<http://projects.nytimes.com/guantanamo>>.

⁶⁹ Informações disponíveis no relatório sobre Guantánamo, realizado pela organização da Anistia Internacional. Relatório disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR51/100/2011/en/161091f9-f144-45fc-b47b-0ddc3d58fc80/amr511002011en.pdf>>.

⁷⁰ Veja, por exemplo, a entrevista concedida por Abu Omar, vítima de detenção e retenção ilegal em Guantánamo. Entrevista disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/news-and-updates/video-and-audio/video-abu-omar-victim-rendition-secret-detention-20080624>>.

Sem dúvida, o combate ao terrorismo surge com um dever/direito dos Estados em proteger os seus tutelados e buscar a punição daqueles acusados por perpetrar tais atos, porém até que ponto estas ações de combate ao terrorismo (direito/dever) podem ser consideradas como adequadas e proporcionais? Parecem-nos completamente errôneas e, de certa forma, paradoxais as afirmações de que as medidas de combate ao terrorismo podem desrespeitar direitos fundamentais, uma vez que a aplicação dessas medidas infringe o próprio objeto que os instrumentos visavam proteger: os direitos mais fundamentais e básicos dos indivíduos.

Importantíssimo o recente passo tomado nesse sentido, portanto, pelos Estados-membros do Conselho de Direitos Humanos da ONU, que deve rejeitar ou ao menos requerer alterações substanciais à proposta de resolução contra o terrorismo, intitulada “Efeitos do Terrorismo no gozo dos direitos humanos”, que fora apresentada em conjunto pelo Egito, Jordânia, Argélia, Marrocos e Arábia Saudita. O projeto, que apresentava um significante desequilíbrio entre as medidas que poderiam ser tomadas em razão da ameaça ou dos ataques terroristas feria flagrantemente a necessidade de conformidade das leis nacionais com o direito internacional dos direitos humanos. Importante notar que o projeto não apresentava, igualmente, uma definição clara dos delitos que poderiam ser classificados como atos terroristas (talvez como reflexo da falta de uma clara definição do termo terrorismo), tampouco as medidas que poderiam ser tomadas pelos Estados perante esses atos.

CONCLUSÃO

O combate ao terrorismo encontra fundamentos na necessidade de proteção e efetivação dos Direitos Humanos, parecendo-nos, deste modo, que as medidas tomadas neste sentido não podem ser contrárias ao objetivo almejado, lembrando, porém, que o balanço entre o direito das vítimas e dos acusados nem sempre pode ser facilmente alcançado. Assim, hoje parece ser claro o (acertado) posicionamento da ONU (e de seus órgãos) ao afirmar que a aplicação das medidas de combate ao terrorismo e a promoção e defesa dos direitos humanos não são excludentes e sim complementares. Pensamento esse corroborado pela provável decisão do Conselho de Direitos Humanos da ONU que deverá negar (ou ao menos requerer uma mudança substancial) à proposta do projeto do documento dos “Efeitos do Terrorismo no gozo dos direitos humanos”. Contudo, muito embora venha apresentando uma linha de interpretação acertada, não se podem olvidar que muitas das medidas já adotadas pela própria ONU - por intermédio de seus órgãos - foram amplamente criticadas exatamente pelo fato de ferirem os próprios direitos que visavam proteger.

Infelizmente hoje ainda é possível dizer que as decisões da adoção das medidas de combate ao terrorismo (como muitas outras relativas ao contexto internacional) são tomadas em um âmbito meramente político, isto é, sem segurança jurídica alguma. Esse exemplo é claramente percebido por meio dos processos de deslistagem aqui listados. No mesmo passo, mesmo aqueles que apresentam um procedimento jurídico ainda não satisfazem os parâmetros mínimos da dignidade do indivíduo, pois estes devem se preparar para uma excruciente saga jurídica, que, mesmo diante de uma decisão favorável, ainda não apresenta uma segurança jurídica definitiva, uma vez que os indivíduos deslistados ficarão à mercê de novas listagens arbitrárias.

Claro, sabemos que as medidas de combate ao terrorismo são, devido a sua própria natureza, rígidas e agressivas, porém estas medidas podem (e devem) ser adequadas de maneira a respeitar os direitos humanos. Os Estados não precisam abrir mão do cumprimento dos seus deveres perante a comunidade e as normas internacionais, uma vez que a flexibilização e derrogação dos Direitos Humanos, quando respeitados os princípios necessários⁷¹, podem ser realizadas com base no próprio corpo normativo estabelecido pelas normas internacionais de Direitos Humanos. Parece-nos que o combate ao terrorismo só pode ser executado de maneira efetiva se respeitar os parâmetros mínimos estabelecidos pelos direitos fundamentais dos acusados, caso contrário, podemos futuramente nos encontrar combatendo atos de terrorismo alimentados pelas medidas que hoje usamos para combatê-los. O paradoxo causado pela aplicação de medidas extremas de combate ao terrorismo que visam proteger os direitos fundamentais dos cidadãos não deve servir de combustível uma provável ciclicidade destes eventos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Francisco Ferreira de. **Direito Internacional Público**. 2^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- AZAROV, Valentina; EBERT, Franz Christian. All done and dusted? Reflections on the EU standard of judicial protection against UN blacklisting after the ECJ's Kadi Decision, **Hanse Law Review**, vol. 5, nº 1 (2009), pp. 99-114.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Capus, 2004.
- BRATANOVA, Elena. Terrorist Financing and EU Sanctions Lists: Is the Court's Annulment of a Council Decision a Lasting Protection for an Organization?, **The Columbia Journal of European Law Online**, vol. 15, nº 2 (2009), pp. 7-11.

⁷¹ Respeitando o rol daqueles direitos que são inderrogáveis mesmo em situações de emergência. Podemos citar aqui, como exemplo, o direito à vida, a proibição de submissão à tortura, tratamentos desumanos ou degradantes, a proibição da escravatura, o reconhecimento da personalidade jurídica de todos os indivíduos, a proibição de penas retroativas, e a proibição de ser preso devido à um não cumprimento contratual.

- ECKES, Christina. Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?, **European Law Journal**, vol. 18, nº 2 (2012), pp. 230-250.
- ERIKSSON, Mikael. **In Search of a Due Process – Listing and Delisting Practices of the European Union**. Suécia: Uppsala University, 2009.
- GARFIELD, Richard. The impact of economic sanctions on Health and Well-being, **RRN Network Paper**, vol. 31 (1999), pp. 1-33.
- HAARSCHER, Guy. **Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- LONDRA, Fiona de; KINGSTON, Suzanne. Rights, Security and Conflicting International Obligations: Exploring Inter-Jurisdictional Judicial Dialogues in Europe, **American Journal of Comparative Law**, vol. 58, nº 2 (2010), pp. 359-414.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- OEA. **Informe sobre terrorismo y Derechos Humanos**. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2002), Disponível em: <<http://www.cidh.org/terrorism/span/indice.htm>>. Acesso em: 20 de fev. de 2015.
- ONU. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/documentos/sistema-onu/>>. Acesso em: 07 de jan. de 2015.
- . **Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da CrimINALIDADE e de Abuso de Poder**. Assembléia Geral das Nações Unidas (1985), Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_6/IIPAG3_6_28.htm>. Acesso em: 27 de jun. de 2014.
- . **Documento A/RES/60/1**. Assembléia Geral das Nações Unidas (2005), Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/487/60/PDF/N0548760.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 05 de jul. de 2014.
- . **Documento S/RES/1267**. Conselho de Segurança da ONU (1999), Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267\(1999\)](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1267(1999))>. Acesso em: 10 de jun. de 2014.
- . **Documento S/RES/1373**. Conselho de Segurança da ONU (2001), Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.
- . **Documento S/RES/1566**. Conselho de Segurança da ONU (2004), Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/542/82/PDF/N0454282.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 12 de jun. de 2014.
- . **Fact Sheet nº 32 - Human Rights, Terrorism and Counter-terrorism**. Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (2008), Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/48733ebc2.html>>. Acesso em: 07 de jan. de 2015.
- PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
- PORRETTA, Gabriele. The European Union, Counter-Terrorism sanctions against Individuals and Human Rights Protection. **Fresh Perspectives on the ‘War on Terror’** (ed. Penelope Mathew e Miriam Gani). Caberra: ANU E Press, 2008, pp. 235-268.
- RODRIGUES, Simone Martins. **Segurança Internacional e Direitos Humanos: A prática da intervenção humanitária no pós-Guerra Fria**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SADEK, Maria Tereza. Maquiavel: o cidadão sem fortuna, o intelectual da virtú. **Os clássicos da Política** (ed. Francisco WEFORT). São Paulo: Ática, 2003, pp. 11-25.

TLADI, Dire; TAYLOR, Gillian. On the Al Qaida/Taliban Sanctions Regime: Due Process and Sunsetting, **Chinese Journal of International Law**, vol. 10, nº 4 (2011), pp. 771-789.

WILLIS, Grant L. Security Council Target Sanctions, Due process and the 1267 Ombudsper-son, **Georgetown Journal of International Law**, vol. 42 (2011), pp. 673-745.

ZGONEC-ROŽEJ, Miša. Kafka, Sisyphus, and Bin Laden: Challenging the Al Qaida and Tali-
ban Sanctions Regime, **Essex Human Rights Review**, vol. 8, nº 1 (2011), pp. 91-137.

A INFLUÊNCIA DO BIOPODER NA ECONOMIA: O TEMPO LIVRE VIGIADO E CONSUMIDO

THE BIOPOWER INFLUENCE ON THE ECONOMY: TIME FREE WATCHED AND CONSUMED

Marcela Andresa Semeghini Pereira
Mestre em Direito pela Universidade de Marília – Unimar

Submissão em 23.02.2015
Aprovação em 21.09.2015

Resumo: O presente artigo versou sobre o biopoder, denominação proposta por Michel Foucault, que traz reflexões sobre ações disciplinares e vigilantes que interferem nas características vitais da existência humana. Foucault considera o poder disciplinar como método fundamental para a implantação do capitalismo industrial e da sociedade que ele dá origem e o desenvolvimento e exercício deste não deve ser dissociado da consolidação de aparatos particulares de conhecimento e da formação das ciências humanas. O saber também é um instrumento de poder que criou técnicas para disciplinar o corpo individual do trabalhador, técnicas de racionalização e de economia estrita de um poder que deveria se exercer mediante todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, ou seja, uma tecnologia disciplinar para dar suporte ao mundo do trabalho. O lazer, como tempo de vida e reflexão crítica ao biopoder implica fruição da vida humano-genérica, isto é, vida social plena de relações humanas interpessoais e é também o principal momento de desenvolvimento das potencialidades do homem. Concluiu-se que direito precisa garantir o lazer, notando mais a humanidade e dar-se conta de que, o seu principal foco são os seres humanos, além de que o trabalhador necessita despertar sua humanidade. O método utilizado foi o dialético, para compreensão do homem enquanto ser histórico, pesquisa bibliográfica em livros de sociologia, filosofia e política.

Palavras-chave: Biopoder; Economia; Lazer; Capital Humano.

Abstract: This article was about biopower, name proposed by Michel Foucault, who reflects on disciplinary actions and vigilant that interfere in the vital characteristics of human existence. Foucault considers disciplinary power as a key method for the implementation of industrial capitalism and society he leads and the development and exercise of this should not be dissociated from the consolidation of particular knowledge and training apparatus of the humanities. Knowledge is also an instrument of power that created techniques to discipline the individual body worker, rationalization techniques and strict economy of a power that should be exercised through an entire surveillance system, hierarchies, inspections, ie a disciplinary technology to support the world of work. The leisure, as lifetime and critical reflection to biopower implies enjoyment of human-generic life, that is, full social life of interpersonal human relations and is also the main point of development of human potential. It was concluded that law must ensure the leisure, noting more humanity and give that account, your

main focus is human beings, and that the worker needs to awake his humanity. The method was dialectical, for understanding of man as a history, literature in sociology books, philosophy and politics.

Keywords: Biopower; Economy; Leisure; Human Capital.

Sumário: Introdução. 1. Conceito de biopoder. 1.1 Contribuição de Antonio Negri ao conceito de biopoder: alternativas críticas. 2. O capital humano do trabalho. 2.1 A tecnologia como instrumento de legitimação do poder. 3. Práticas de lazer (tempo de vida) no contexto do biopoder. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tratou sobre o tema biopoder, sendo este um instrumento incentivador de reflexões sobre as ações disciplinares e vigilantes em vigor na sociedade moderna. Este conceito foi proposto pelo filósofo francês Michel Foucault.

O conceito de biopoder traz à baila um campo composto por tentativas mais ou menos racionalizadas de intervir sobre as características vitais da existência humana. As características vitais dos seres humanos, seres viventes que nascem, crescem, habitam um corpo que pode ser treinado e aumentado, e por fim adoecem e morrem. E as características vitais das coletividades ou populações compostas de tais seres viventes.

Em complemento às contribuições foucaultiana, para Hardt e Negri, o biopoder é um termo totalizante que serve para assegurar uma forma global de dominação que eles designam 'Império'. Partem da premissa que a atuação do poder deveria ser entendida como a extração de alguns tipos de 'mais-valia' da vida humana, da qual o Império depende. Asseveram que toda a política contemporânea é biopolítica, sendo uma forma de poder que regula a vida social a partir de seu interior.

Negri destaca que Foucault não considerou a relação do processo produtivo e a dinâmica do biopoder e, ao fazer referência à produção social, apresenta-a apenas sob a ótica da linguagem e da comunicação, desconsiderando outras fontes produtoras da vida social.

Com esta consideração de Negri, aproveita-se para introduzir a importância do lazer, onde o homem contempla a sua realidade social, momento em que pode desenvolver suas potencialidades e criatividades, passando de capital humano a dignidade humana.

A prática do lazer, ou tempo de vida, ganha importância na sociedade moderna visto que o trabalhador se tornou, após a revolução industrial, um capital humano do trabalho, competência-máquina, com a função única de gerar lucro para a empresa, perdendo sua subjetividade e dignidade.

Nesta pesquisa buscou-se verificar a relevância do tempo de vida, tempo de reflexão, meditação, contemplação e de atividades que possibilitam ao homem o seu desenvolvimento integral, a sua realização pessoal, e a possibilidade de fuga dos domínios do biopoder.

Para embasar o presente texto, utilizou-se do método dialético, pois o exercício crítico permite compreender que o homem enquanto ser histórico na produção de uma vida material estabelece relações de negação com o mundo e com ele próprio, criando contradições e gerando conflitos nas relações que se tornam a base da organização de sua vida social.

Pesquisa consolidada pelas fontes bibliográficas, no intuito de demonstrar a influência dos requisitos de natureza sociológica e política na definição de biopoder e ressaltar a importância dessa relação para uma maior aderência à realidade social e às exigências de garantia dos direitos dos trabalhadores.

1. O CONCEITO DE BIOPODER

O conceito de biopoder foi desenvolvido pelo filósofo francês Michel Foucault, em 1976. O biopoder é um instrumento que incentiva as reflexões sobre as práticas disciplinares presentes na sociedade atual. De acordo como filósofo, o biopoder e a biopolítica são formas de exercício de poder, que se desenvolveram a partir do século XVIII.

Neste período, o homem foi identificado e definido como corpo-indivíduo, só desse modo é que passou a fazer parte do cenário político. A gestão desse corpo-indivíduo na esfera do poder ocorreu por meio de comandos constituídos por uma rede difusa de dispositivos e mecanismos com a função de produzir e reproduzir a vida social. O biopoder foi assim indispensável ao desenvolvimento capitalista,

De acordo Foucault (1988), a disciplina refere-se ao indivíduo e, mais especificamente, para o controle de seu corpo, para a sua normatização e controle, através das instituições modernas que fazem parte da vida do indivíduo, como, por exemplo, a escola, o espaço de trabalho, o hospital, a prisão.

Essas instituições, segundo o autor, manipulavam os corpos tornando-os eficazes ao trabalho industrial e útil ao desenvolvimento da sociedade capitalista. Para Foucault (1988), a disciplina dessas instituições centrava-se no corpo do indivíduo e, este, era adestrado, de modo que se tornasse mais mansa sua relação com o trabalho, facilitando a sua integração em sistemas de controle mais eficazes e com menor custo de produção, um incentivo a submissão e sujeição à condição imposta.

Foucault considera o poder disciplinar como método fundamental para a implantação do capitalismo industrial e da sociedade que ele dá origem e o desenvolvimento e exercício deste não deve ser dissociado da consolidação de aparelhos particulares de conhecimento e da formação das ciências humanas.

O poder manipulador age sobre os corpos através de sua integração a espaços determinados, do controle do tempo sobre os corpos, da vigilância constante e, também, da produção do conhecimento.

Este poder exerce sobre os indivíduos o controle do seu corpo e, paralelamente a este fato, segundo Foucault, se desenvolveu o biopoder, uma nova forma de controle que age em um âmbito mais amplo, a espécie. Assim, o biopoder é responsável pelo controle dos processos de nascimento e de morte, da saúde da população, da longevidade, etc.

Deste modo, comprehende-se o biopoder como um método de controle da vida em um âmbito geral, isto é, a ação do poder disciplinador sobre o biológico que, nesse contexto, ganha papel central nas questões políticas. Segundo Foucault (1988), o biopoder tem como um de seus objetivos transformar, aperfeiçoar, essa forma de controle sobre a vida, objetivando um maior controle, um amplo poder de disciplina sobre os indivíduos.

Assim, através do desenvolvimento da disciplina corpórea, o corpo foi submetido ao processo de domesticação, que o tornou mais dócil, para o exercício da atividade de produção fabril. Portanto, considera-se o desenvolvimento do biopoder como um importante momento do desenvolvimento do capitalismo, visto que, através dele, se pode alcançar um maior controle sobre a população e, consequentemente, uma adaptação mais fácil aos processos econômicos.

Concomitante a este desenvolvimento, se operou na sociedade um modo de vida onde o poder desenvolve um papel central. Nas sociedades soberanas, a figura central, o soberano, possuía o monopólio da violência, ou seja, ela possuía o direito sobre a vida de seus súditos. Essa relação sobre a vida do súdito se torna ampla quando este representava uma ameaça ao poder do soberano. Esta relação de poder estabelece uma relação direta com a vida.

O poder, de acordo com Foucault (1986), está disperso, não sendo possível localizá-lo, apresentando em todas as formas de agir, como se fosse uma verdadeira rede, encadeada, entrelaçada socialmente. Pode ser afirmado que cada um de nós exerce um poder.

Não existem aquele que detém o poder e aquele que não o possua. Na verdade todos possuem poder até porque ele não pode ser possuído ou vendido ou transferido. O que existe é o exercício deste poder. E é justamente por isso, por

não ser identificado, que ele é exercido de forma anônima, criando por assim dizer uma característica que é própria da vida hoje, ou seja, a não possibilidade de identificar com quem está o poder, ainda que se saiba que o seu exercício se dá na cadeia, que ao mesmo tempo não é identificado por nós (FOUCAULT, Michel, 1986).

O controle do tempo, a vigilância, o registo da forma de conhecimento que é ou não é importante, a construção de uma verdade (necessidade de competição por exemplo) são manifestações desse poder.

Segundo Foucault (1988), nas sociedades disciplinares, o poder sobre a vida não está direcionado à possibilidade de extinção desta e sim, o biopoder, nessas sociedades, se desenvolve como um meio de controle da vida em toda sua amplitude, de modo que procura organizá-la, vigiá-la, com o objetivo de controlá-la, através dos aparelhos de produção capitalista.

A tecnologia se aperfeiçoa e se desenvolve com a finalidade de ratificar as funções do biopoder, sendo resultado do conhecimento/saber manipulado, direcionado e legitimador do poder que controla e disciplina a vida do trabalhador.

A ânsia constante pela modernização do capital humano torna o indivíduo refém dos interesses econômicos, ou seja, encantado pelos seus estímulos o homem direciona sua vida para escolhas e desejos que ele não fez ou não quer, ou seja, terceiriza sua própria vontade e sua vida.

No próximo item, trata-se das contribuições do filósofo italiano Antonio Negri, que enriqueceu o tema de forma crítica e esclarecedora.

1.1. CONTRIBUIÇÃO DE ANTONIO NEGRI AO CONCEITO DE BIOPODER: ALTERNATIVAS CRÍTICAS

Fazendo referência ao conceito de biopoder em Foucault, Negri afirma que esse conceito implica uma análise histórica de racionalidade política e funcional do governo liberal, que não se limita a maximizar os efeitos da apropriação, mas sim que se preocupa em reduzir os custos e os riscos de governar. O biopoder, na exposição de Negri, ocupar-se-á da gestão da saúde, da higiene, da alimentação, da sexualidade na medida em que esses sujeitos se tornam, no desenvolvimento do Estado moderno, fatores relevantes para o poder. (NEGRI e HARDT, 2006).

Para Negri, o biopoder situa-se acima da sociedade, transcende, como uma autoridade soberana e impõe sua ordem. “A produção biopolítica, em contraste, é imanente à sociedade, criando relações e formas sociais através de formas colaborativas e relacionais na vida comum dos homens”. (2005, p. 135).

O biopoder se refere, portanto, a uma situação na qual o que está diretamente em jogo no poder é a produção e a reprodução da vida da população. O poder passa a abarcar a totalidade do corpo social, organizando e gerenciando o processo produtivo e sua socialização. Trata-se, portanto, de compreender o poder a partir de sua capacidade de se instrumentalizar para ordenar a vida, pois, ao fazer uso da tecnologia, do saber, transforma a vida em seu próprio objeto. O biopoder é resultado de uma inversão da dinâmica entre os poderes do Estado com o governo das populações, que se estende cada vez mais às várias dimensões da vida humana e se consolida na nossa época.

A contribuição da análise de Foucault, destaca Negri (2005), foi ter levado o problema da reprodução social e todos os elementos da superestrutura de volta para dentro da estrutura material, considerando não apenas a dimensão econômica, mas também a cultural, física e subjetiva. O que significa dizer que a análise foucaultiana apreendeu o contexto biopolítico, contrapondo-se à análise do materialismo histórico da separação entre a superestrutura e o nível real da produção. Com esse procedimento, Foucault se afasta da análise tradicional da transcendência do poder e se filia à posição imanente dos fenômenos históricos e políticos (NEGRI e HARDT, 2006, p.46-47).

Foucault, segundo Negri, não considerou a relação do processo produtivo e a dinâmica do biopoder e, ao fazer referência à produção social, apresenta-a apenas sob a ótica da linguagem e da comunicação, desconsiderando outras fontes produtoras da vida social. Por exemplo, não caberia, na sua análise da produção social, a capacidade criativa e produtiva forjada pela necessidade de sobrevivência de indivíduos à margem do mundo do trabalho, ou de situações que estejam diretamente relacionadas com o processo alternativo de produção.

Em consonância com a crítica que Negri fez a Foucault, Hanna Arendt propõe como alternativa para a fuga da alienação e do estranhamento, onde o indivíduo se vê como dominado pelo biopoder, pela biopolítica e pelo consumo, destaca a importância da contemplação, acreditando que assim como a guerra ocorre em benefício da paz, o mero pensamento deve culminar na absoluta quietude da contemplação. Para a autora:

O primado da contemplação sobre a atividade baseia-se na convicção de que nenhum trabalho de mãos humanas pode igualar em beleza e verdade o cosmos físico, que resolve em torno de si mesmo, em imutável eternidade, sem qualquer interferência ou assistência externa, seja humana ou divina. Esta eternidade só se revela a olhos mortais quando todos os movimentos e atividades humanas estão em completo repouso. (2000, p. 22)

O rompimento com a contemplação foi consumado não com a promoção do homem fabricante à posição antes ocupada pelo homem contemplativo, mas com a introdução do conceito de processo na atividade da fabricação. A contemplação pode produzir a verdade, por isso o seu repúdio e por isso aquele que contempla sofre a penúria da exclusão social e econômica, visto que não cumpre os princípios do biopoder e da biopolítica.

Para Negri, com o declínio da era fordista, a sociedade de controle se potencializa na sua capacidade de mobilização, fluidez e descentralização e veicula toda a produção social nas redes de circulação. A partir dessa perspectiva, ele delineia uma ontologia da produção e trata de eleger elementos de renovação do pensamento materialista, construindo uma nova figura do corpo biopolítico coletivo.

Para isso, Negri introduziu na sua análise a nova natureza do trabalho produtivo, não mais se valendo da distinção das várias dimensões da vida social, como a econômica, política, social e cultural. No contexto biopolítico, a distinção desses aspectos perde o sentido e isso possibilita um novo entendimento do processo produtivo. O que significa afirmar que o trabalho não pode ser apreendido nos limites da realidade salarial e fabril, mas pela capacidade criativa e subjetiva dos indivíduos, e esta característica apenas pode ser alcançada quando o homem usufrui do tempo livre para o desenvolvimento integral de suas habilidades.

O processo produtivo não mais se restringe à produção material, ele diz respeito a toda atividade humana que reproduz a vida social, desde a produção fabril a realizações criativas, comunicacionais e afetivas.

A produção biopolítica, lembra Negri, ao produzir relações sociais e formas de vida, tende a mudar as condições do trabalho, por isso a sua divisão perde sentido e, analiticamente, se torna precária. Pode-se afirmar que a intenção central da análise da biopolítica em Negri está em localizar “os meios e as forças de produção da realidade social e as subjetividades que a animam” (NEGRI e HARDT, 2006, p.41), tratando a dimensão biopolítica em termos da nova natureza do trabalho produtivo e de seu desenvolvimento vivo na sociedade.

O contexto do biopoder abrange de modo absoluto o corpo social mediante os mecanismos de controle fornecidos pela tecnologia e saber. Esta é a capacidade integradora do biopoder que se revela pela ingerência sobre a vida total da população.

Para Negri, em contraste com a sociedade disciplinar que é definida por Foucault pela capacidade de assegurar a obediência às regras mediante as instituições disciplinares, a sociedade de controle se “desenvolve nos limites da mo-

dernidade e se abre para a pós-modernidade, caracterizando-se por uma transformação na natureza do poder que se apropria da produção e da reprodução da vida" e essa transformação representa uma intensificação e uma extensão do poder, bem como a síntese dos aparelhos de normalização de disciplinaridades que passam a percorrer as profundezas da consciência e dos corpos da população e, ao mesmo tempo, a totalidade das relações sociais (SZANIECKI, Barbara, 2007, p. 93-94).

Nesse contexto, a sociedade torna os seus mecanismos e dispositivos cada vez mais "democráticos" e imanentes ao campo social. Estrategicamente, os mecanismos de controle são introjetados pelos indivíduos, por meio dos seus corpos e cérebros, e passam a valer, na sociedade capitalista, como referências que indicam a integração ou exclusão social. Este é o estado de alienação, que, segundo Negri, independe do sentido da vida e do desejo de criatividade; mas se prende, na verdade, à avaliação ilusória da inserção social feita pela sociedade de consumo.

A passagem da sociedade disciplinar para a sociedade de controle, portanto, significou a abrangência de todas as forças sociais pelo capitalismo. O que significa, na acepção marxiana, a realização plena da subordinação real do trabalho, da sociedade ao capital, quando está sujeito não apenas à dimensão econômica ou à dimensão social da sociedade, mas também ao próprio bios social.

O biopoder age diretamente no processo econômico de gestão do capital, tornando-o funcional. Daí Foucault afirmar que o ajustamento da acumulação dos homens à do capital, a articulação do crescimento dos grupos humanos à expressão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornadas possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos (FOUCAULT, 1979).

O poder lembra Negri, passa a adquirir controle efetivo sobre a vida total da população ao ser atribuído de função vital, ou seja, quando nada escapa a seu comando e administração. Este é, para Negri, o êxito do contexto do biopoder, quando o corpo social e a produtividade são totalmente incorporados pelos dispositivos do poder. No entanto, é essa capacidade de abarcar todo o campo social que desfaz, segundo Negri, a figura linear e totalitária do desenvolvimento capitalista, quando não mais se pensa o capital a partir de uma unidimensionalidade, universal e soberana, mas de uma dimensão em que se situa o jogo antagônico das múltiplas singularidades. O que possibilita a Negri pensar os dispositivos não apenas como práticas de controle, mas também como estratégia de resistência.

Como declara Negri, toda dominação é também uma resistência. Portanto, de um lado, encontra-se a sociedade, por meio dos mecanismos de controle, to-

talmente absorvidos pelo Estado; do outro, se deparam com o resultado disso: a reação em cadeia através de inúmeros elementos coordenados e encadeados num sistema de múltiplas subjetividades relacionais.

O poder passa assim a se estender para além dos locais estruturados institucionalmente e se abre a movimentos flexíveis e flutuantes que produzem e reproduzem o pensamento e as práticas produtivas, fazendo emergir os processos de subjetivação, resistência e insubordinação. Por isso, as resistências deixam de ser marginais e tornam-se ativas no centro de uma sociedade que se abre em campos abertos, produzindo assim uma infinidade de singularidades. Em razão disso, não se fala mais da resistência do indivíduo, e nem há espaço para o conceito de povo, mas se trata de identificar a reação das múltiplas singularidades.

2. O CAPITAL HUMANO DO TRABALHO

Diante de todas estas transformações o próprio conceito de trabalho se modifica (se modificou, já é algo consumado). Se antes o trabalho, termo de origem romana *tripalium* (instrumento de tortura) era visto como algo negativo, atualmente possui uma tonalidade positiva: “o trabalho significa o homem”.

Segundo Albornoz, antes da revolução industrial, no antigo trabalho artesanal, “ao trabalhar, o artesão pôde aprender e desenvolver seus conhecimentos e habilidades; o seu trabalho é um meio de desenvolver habilidades e potencialidades. Não há separação entre trabalho e divertimento, trabalho e cultura” (ALBORNOZ, 2008, p. 39), visto que o homem se realiza naquilo que faz. Isso fez com que o artesão tivesse mais discernimento do trabalho que desenvolvia, ou seja, ele observava os resultados e tinha tempo para descansar quando quisesse, ou para conversar com o vizinho, ou discutir com os colegas questões pertinentes ao próprio trabalho, entre outros. (quebre este parágrafo, muito longo)

Hodiernamente, o trabalho na industrialização constitui um “negativo daquele artesanal”, seria um oposto, pois no processo industrial existe a falta de “vínculo entre o trabalho e o resto da vida”, a atividade e o produto do trabalho são estranhos ao trabalhador. Ocorre a separação entre o trabalho e o lazer, trabalho e a cultura, ou entre o trabalho e o prazer (ALBORNOZ, 2008, p. 39-40).

O resultado desta separação é a dificuldade em determinar onde o trabalho se situa entre o capital e a produção.

[...] O problema fundamental, essencial, em todo caso primeiro, que se colocará a partir do momento em que se pretenderá fazer a análise do trabalho em termos econômicos será saber como quem trabalha utiliza os recursos de que dispõe. Ou seja, será necessário, para introduzir o

trabalho no campo da análise econômica, situar-se do ponto de vista de quem trabalha; será preciso estudar o trabalho como conduta econômica, como conduta econômica praticada, aplicada, racionalizada, calculada por quem trabalha. [...] E, com isso, se poderá ver, a partir dessa grade que projeta sobre a atividade do trabalho um princípio de racionalidade estratégica, em que e como as diferenças qualitativas de trabalho podem ter um efeito de tipo econômico (FOUCAULT, 2008a, p. 307).

A leitura de Foucault mostra que na ótica neoliberal o trabalho passa a ser analisado a partir das estratégias de conduta de quem trabalha. “O que é trabalhar para quem trabalha?”, pergunta Foucault. O trabalhador deixa de ser um objeto no processo do capital e passa a ser sujeito, ou seja, o que ele é depende de como ele age. Assim, afirma: “[...] fazer, pela primeira vez, que o trabalhador seja na análise econômica não um objeto, o objeto de uma oferta e de uma procura na forma de força de trabalho, mas um sujeito econômico ativo” (FOUCAULT, 2008a, p. 308).

A passagem de um indivíduo passivo para ativo acontece quando, na sociedade neoliberal, este precisa valorizar o capital que seu trabalho comporta. É ativo porque o capital de que dispõe precisa produzir renda na dinâmica econômica de uma empresa. Foucault afirma que este capital “[...] é o conjunto de todos os fatores físicos e psicológicos que tornam uma pessoa capaz de ganhar este ou aquele salário [...]” (FOUCAULT, 2008a, p. 308).

O salário nada mais é que o produto deste capital. Essa competência que é o capital que todo trabalho possui faz do indivíduo uma máquina, diz Foucault (2008a). Sendo que essa competência-máquina produz fluxo de renda, isso porque seu capital não é vendido casualmente no mercado de trabalho, mas seu salário varia com o envelhecimento.

O trabalho aparece como capital e renda, ou seja, o trabalhador adquire uma competência que será o fruto de sua renda. Também, este se torna o capital que convém tornar produtivo.

Segundo Foucault (2008a, p. 310) esse panorama neoliberal aparece como retorno ao *homo oeconomicus*¹ mas não mais como homem parceiro da troca na concepção clássica e, sim, como um empresário, um empresário de si mesmo. “[...] *homo oeconomicus* empresário de si mesmo, sendo ele próprio seu capital, sendo para si mesmo seu produtor, sendo para si mesmo a fonte de [sua] renda” (2008a, p. 311). Por exemplo, segundo o autor, na atividade de produção neolibe-

¹ O *homo oeconomicus* é um indivíduo de comportamento racional que oferece comodidade aos pesquisadores, pois é possível prever seu comportamento, otimizar suas opções, submetê-lo ao cálculo e programar sua existência (GAULEJAC, Vincent de, 2007, p. 71)

ral o consumo aparece como uma atividade empresarial, pois o indivíduo dispondo de certo capital vai conquistar sua realização pelo consumo.

O consumo deixa de ser um gasto e passa a ser um investimento. Isso acontece também com o lazer, quando o “tempo ocioso” precisa ser ocupado com atividades que incorporem valor a produção de capital humano.

Essa competência que é o capital que o trabalhador possui receberá o nome de capital humano (FOUCAULT, 2008a, p. 311). A economia neoliberal visa investir e formar no indivíduo um capital humano para o mercado de trabalho:

[...] um capital humano no curso da vida dos indivíduos, que se colocam todos os problemas e que novos tipos de análise são apresentados pelos neoliberais. Formar capital humano, formar portanto essas espécies de competência-máquina que vão produzir renda, ou melhor, que vão ser remuneradas por renda, quer dizer o quê? Quer dizer, é claro, fazer o que se chama de investimentos educacionais (FOUCAULT, 2008a, p. 315).

O que Foucault expõe é que o capitalismo neoliberal tem necessidade da formação de um capital humano que seja formada, moldada desde os primeiros anos e que tem prazo para terminar. “[...] essa máquina tem sua duração de vida, sua duração de utilidade, tem sua obsolescência, tem seu envelhecimento” (FOUCAULT, 2008a, p. 309).

Se na economia clássica o indivíduo era explorado pela sua força de trabalho, na governamentalidade neoliberal o indivíduo vale enquanto seu capital humano é útil para os interesses do mercado. A constituição de um capital humano funciona na racionalidade neoliberal como exercício do biopoder. Poder que tem como alvo o controle da população.

Quanto melhor seu capital humano maior a possibilidade de aumento da renda, mas também maior a possibilidade de desenvolvimento e produtividade da empresa colaborando, assim, com o capitalismo.

A busca pela permanente atualização do capital humano torna o indivíduo sujeitado pelos interesses econômicos, ou seja, seduzido pelos seus estímulos o indivíduo direciona sua vida para escolhas e desejos que ele não fez, já foram estabelecidos por outros. Essa também é a ideia defendida por Cesar Candiotti no texto *A governamentalidade política no pensamento de Foucault*, onde afirma:

A atualização permanente do capital humano, a condução de si mesmo no competitivo mercado de trabalho e de capitais, estimulou uma nova forma de subjetivação sujeitada, pela qual o indivíduo não passa de agente econômico. Ao constituir-se em referência quase exclusiva, o mercado produz individualizações vulneráveis e suscetíveis a seus apelos e estímulos incessantes (CANDIOTTO, 2010, p. 42).

A busca pelo melhoramento do capital humano faz o pensar, sentir e agir de cada indivíduo ser direcionado para a construção de competências e habilidades, tornando-o um sujeito competitivo e fazendo com que as relações sejam baseadas na concorrência. Assim, vamos ter uma sociedade baseada não mais no mercado como princípio regulador do social, mas em mecanismos de concorrência. “Vale dizer que o que se procura obter não é uma sociedade submetida ao efeito-mercadoria, é uma sociedade submetida à dinâmica concorrencial” (FOUCAULT, 2008a, p. 201). São esses mecanismos de concorrência o objeto da intervenção governamental, para constituir o máximo de volume possível. O indivíduo como sujeito-empresa busca estrategicamente valorizar seu capital através de investimentos e o resultado é que as relações humanas se tornaram comercializadas.

Foucault defende que o mercado na economia neoliberal funciona não apenas como regulador da vida social, mas também, sobretudo, como uma política de economização do campo social. Vê-se a generalização da economia de mercado ao corpo social, quando a política econômica neoliberal tem “[...] por função compensar o que há de frio, de impassível, de calculista, de racional, de mecânico no jogo da concorrência propriamente econômica” (FOUCAULT, 2008a, p. 333).

A governamentalidade neoliberal precisa, ao mesmo tempo, incentivar a concorrência como princípio regulador da economia de mercado e garantir uma política de estabilidade moral e cultural do corpo social. “É necessário, portanto ao mesmo tempo que se implanta uma política tal que a concorrência possa agir economicamente, [...] garanta uma cooperação entre os homens ‘naturalmente enraizados e socialmente integrados’” (idem). E assim se produz o que Foucault chama de o mercado como lugar de veridicação, ou seja, perceber como a prática de governo neoliberal produz através de mecanismos, uma verdade de mercado que funciona em termos de lei a respeitar.

Após essa análise do neoliberalismo como um biopoder que modela o trabalhador ao padrão da competência-empresa, tendo como consequência a sujeição do indivíduo e a concorrência das relações humanas e sociais. Passa-se a apresentar as práticas de lazer, ou tempo de vida, na sociedade atual.

2.1. A TECNOLOGIA COMO INSTRUMENTO DE LEGITIMAÇÃO DO PODER

O saber como poder forneceu técnicas para disciplinar o corpo individual, técnicas de racionalização e de economia estrita de um poder que deveria se exercer mediante todo um sistema de vigilância, de hierarquias, de inspeções, ou seja, uma tecnologia disciplinar para dar suporte ao mundo do trabalho.

O homem como corpo passa a estar a serviço da produção capitalista; e tal submissão demanda por instituições disciplinares. Por disciplina entende-se uma forma de governo sobre os indivíduos de maneira individual e repetitiva.

Como citado, no final do século XVIII Foucault (2005) aponta o aparecimento de outra tecnologia do poder que é o poder de controlar não apenas o indivíduo como corpo, mas um conjunto de indivíduos que passa a estar sob o controle do poder. Esta nova estratégia de comando não exclui a tecnologia disciplinar do corpo-indivíduo, mas a integra e a completa. A técnica disciplinar não desaparece porque passa a existir outro nível de suporte que requer mecanismos de controle, ao contrário, a técnica disciplinar passa a funcionar e a se articular com os mecanismos de controle.

Para Foucault, a primeira técnica a ser formulada, concentrou-se no corpo como máquina com ênfase no adestramento, na ampliação das potencialidades, na extorsão de suas forças, no crescimento paralelo de sua utilidade e docilidade, na sua integração em sistemas de controle eficazes e econômicos, assegurado por procedimentos de poder que caracterizam as matérias: anátomo-política do corpo humano.

O segundo, que se formou na metade do século XVIII, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte dos processos biológicos: a proliferação, os nascimentos e a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, com todas as condições que podem fazê-los variar; tais processos são assumidos mediante toda uma série de intervenções e controles reguladores: uma biopolítica da população. As disciplinas do corpo e as regulações da população constituem os dois polos em torno dos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida (FOUCAULT, 2005).

A tecnologia disciplinar do poder tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados e controlados. A nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens não na medida em que eles se resumem em corpos, mas em que ela forma uma massa global (FOUCAULT, 2005).

A nova tecnologia se ocupa com os processos próprios da vida, com o metabolismo biológico, as taxas de nascimento e de óbito, por exemplo. A natureza do poder, além de disciplinar, passa a regulamentar os processos vitais, e esses processos passam a ser objetos de intervenção por meio de controle e de quantificação.

O exercício do poder não é mais individualizante, mas se dá de modo massificante; uma massa que pode ser medida e calculada e passa a ser nomeada

de “população”. Ela é um novo corpo múltiplo, corpo com inúmeras cabeças que surge simultaneamente como um problema político (de poder) e científico (biológico), que será tratado como um fenômeno coletivo, processual e de efeitos aleatórios. A existência em questão já não é aquela – jurídica – da soberania, é outra – biológica – de uma população. (FOUCAULT, 2005).

Entretanto, com tais atribuições, o biopoder vai se dirigir à população através de mecanismos de regulamentação capazes de controlar a sua natureza aleatória, controlar a probabilidade dos eventos, com vistas a potencializar um estado de vida: seja para maximizar ou extrair as suas forças.

A descoberta da população e, ao mesmo tempo, a descoberta do indivíduo e do corpo manipulável, por meio das tecnologias, apresentam-se como pontos centrais das mudanças substantivas dos processos políticos do Ocidente.

3. PRÁTICAS DE LAZER (TEMPO DE VIDA) NO CONTEXTO DO BIOPODER

A estranha loucura que se apossou de todos os trabalhadores onde impera a civilização capitalista, esta tem como consequência as misérias individuais e sociais que, há tempos, torturam a humanidade. Esta loucura é o amor pelo trabalho, a paixão doentia, levada até o esgotamento das forças vitais do indivíduo e da prole (LAGARGUE, Paul, 2000, p. 63). Com esta afirmação Lafargue inicia seu livro “O Direito à Preguiça”, um panfleto revolucionário escrito em 1880, publicado no jornal socialista Légalité, o autor objetiva criticar a paixão doentia pelo trabalho, em detrimento do tempo de vida.

Neste item, tenta-se demonstrar a importância do tempo de vida, tempo de reflexão, meditação, contemplação e de atividades que possibilitam ao homem o seu desenvolvimento integral, a sua realização pessoal, e a possibilidade de fuga dos domínios do biopoder.

Alguns pesquisadores nacional e internacionalmente, utilizaram-se do conceito lazer, quando discutem o tempo de vida. Entretanto, tempo de vida não se reduz a lazer. Dentre as definições de lazer, a mais adotada pelos estudiosos é a dada pelo sociólogo francês Joffre Dumazedier:

O lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda, para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais (1973, p. 34).

O autor relaciona lazer à satisfação de algumas necessidades humanas como o repouso, a diversão, a recreação, a distração e o desenvolvimento intelectual. Para Dumazedier (1973, p. 32) o lazer é uma atividade ou inatividade voluntária, quando o homem se sente liberto de qualquer grilhão. Para o sociólogo, este é o futuro substituto do trabalho alienado e tende a ser o tempo de uma autoformação permanente e voluntária. Este dispõe de três categorias, que são as principais funções do lazer: função de descanso; função de divertimento, recreação e entretenimento e função de desenvolvimento. Por outro lado, Marcellino conceitua lazer:

[...] como a cultura – compreendida no seu sentido mais amplo – vivenciada (praticada ou fruída) no ‘tempo disponível’. O importante, como traço definidor, é o caráter ‘desinteressado’ dessa vivência. Não se busca, pelo menos fundamentalmente, outra recompensa além da satisfação provocada pela situação. A ‘disponibilidade de tempo’ significa possibilidade de opção pela atividade prática ou contemplativa (1995, p. 31).

O autor dá ênfase à voluntariedade da ação ou omissão realizada pelo homem, pois o tempo disponível como tempo de vida deve ter caráter voluntário e livre de obrigações ou coações externas: o que se busca é a satisfação pessoal.

Para Renato Requia (1980, p. 35), lazer é uma ocupação livre e seus valores devem propiciar condições de recuperação psicossomática e desenvolvimento pessoal/social. É um momento de ociosidade e contemplação. Na mesma linha de argumentação, Ethel Medeiros considera o lazer como:

[...] espaço de tempo não comprometido do qual podemos dispor livremente, porque já cumprimos nossas obrigações de trabalho e de vida, destacando como funções do lazer para o homem contemporâneo, o repouso, a diversão e o desenvolvimento pessoal (1971, p. 30-31).

Para Requia e Medeiros, o tempo de vida como lazer está relacionado ao tempo de não trabalho e desobrigação familiar, política e social, ou seja, no momento de lazer o indivíduo pode ser ele mesmo, fazendo ou não fazendo algo. Requia e Medeiros tratam do lazer e não do conceito de tempo de vida, tendo em vista que reduzir este tempo ao lazer é um equívoco, pois reduz tempo disponível não apenas da desobrigação de trabalho, mas também da desobrigação de vida familiar, política e social, excluindo, deste modo, do tempo de vida como tempo disponível, a fruição de relações sociais, familiares e políticas.

O tempo de vida não se reduziria a lazer visto como sinônimo de não fazer, limitado ao direito de opção a não fazer algo. Na verdade, o tempo de vida não inclui apenas repouso, diversão, namoro, práticas esportivas, entretenimento ou contemplações capazes de satisfazer as pessoas no plano individual, mas prin-

cipalmente atividades sociais, políticas e coletivas, ou ainda, encontrar amigos e familiares, e até mesmo o trabalho comunitário, dentre outras atividades de interação social.

O tempo disponível como tempo de vida implica fruição da vida humanogenérica, isto é, vida social plena de relações humanas interpessoais e é também o principal momento de desenvolvimento das potencialidades do homem.

Não se deve confundir também tempo de vida com tempo de consumo. Conforme leciona Sarah Bacal (2003, p. 87), tende-se a converter o tempo disponível em tempo de consumo como objetivo capaz de preencher suas exigências de gratificação, sua vida. Por exemplo, os publicitários não propõem lazeres que não exijam poder de compra. De acordo com Alves (2013), o consumo fetichizado tomou conta da sociedade atual, para ele:

Na medida em que sob o capitalismo fordista o consumo fetichizado ocupou o tempo de vida e lazer, criaram-se as condições sociometabólicas para que o tempo de vida esvaziado de conteúdo se tornasse tempo de trabalho estranhado e fetichizado nas condições do capitalismo toyotista. Portanto, antes de ser reduzida a trabalho abstrato fictício, a vida foi esvaziada de conteúdo efetivamente humano pelo consumo fetichista (2013, p. 125).

O consumo fetichista praticado no tempo de lazer colabora com o estranhamento e a alienação do homem visto que este consome o que está condicionado a consumir, desta forma não se encontra consigo mesmo e com sua subjetividade. No momento em que o homem é condicionado em suas ações, mesmo nos momentos de não trabalho, este perde sua humanidade e sua dignidade, visto que é um estranho para si mesmo.

De acordo com Vincent de Gaulejac (2007, p. 82), as representações do tempo são prisioneiras de uma obsessão da medida de um tempo abstrato, uma concepção entre um início e um fim, se encontrando descoladas do tempo de vida. Esta concepção obriga o homem a sofrer um tempo abstrato, programado, ao contrário de suas necessidades. O tempo de trabalho impõe ritmos, cadências, rupturas que se afastam do tempo biológico, do tempo das estações, do tempo da vida. O indivíduo deve adaptar-se ao tempo de trabalho, às necessidades produtivas e financeiras, ou seja, as imposições do biopoder.

Há grande preocupação em regulamentar o emprego do tempo e delimitar o espaço, para obter uma disponibilidade permanente para que o máximo de tempo seja consagrado à realização dos objetivos fixados, além disso, a um engajamento total para o sucesso da empresa. O objetivo é que se constitua um tempo integralmente rentável (GAULEJAC, Vincent de, 2007, p. 114).

A fronteira entre o tempo de trabalho e o tempo de vida torna-se cada vez mais porosa visto que as novas tecnologias de comunicação permitem uma utilização multiplicada do tempo, pois todo tempo “morto” pode ser rapidamente preenchido por uma atividade produtiva.

Portanto, no contexto do biopoder, o homem mesmo no momento de lazer deve agir de acordo com a coletividade, e a coletividade age de acordo com o que lhe é importa através de mecanismos de micropoder como a televisão, o shopping, os livros, o cinema, os estádios de futebol etc. O que se verifica é o preenchimento de todas as lacunas e brechas para que o homem permaneça preso em uma jaula de ferro.

O neoliberalismo se manifesta, ao mesmo tempo, como prática de governo que produz a liberdade pelos dispositivos de segurança visando o bem-estar da população e torna-se um biopoder que age sobre os indivíduos para mantê-los saudáveis para produzir e consumir. “A ideia de um governo [...] a ideia de uma administração das coisas que pensaria nada na liberdade dos homens, no que eles querem fazer, no que têm interesse de fazer, o que eles contam fazer, tudo isso são elementos correlativos” (FOUCAULT, 2008b, p. 64).

Essa razão governamental que se desenvolve a partir do séc. XVIII, juntamente com a Revolução Industrial, é uma razão que manipula interesses. É preciso governar os interesses para que um governo seja legítimo. É preciso fazer com que o interesse de um indivíduo seja o mesmo da coletividade.

[...] só pode agir, só está legitimado, fundado no direito e em razão para intervir na medida em que o interesse, os interesses, os jogos de interesses tornam determinado indivíduo ou determinada coisa, determinado bem ou determinada riqueza, ou determinado processo, de certo interesse para os indivíduos, ou para o conjunto dos indivíduos, ou para o interesse de determinado indivíduo confrontados ao interesse de todos, etc. O governo só se interessa pelos interesses (FOUCAULT, 2008a, p. 62).

Nessa atual sociedade capitalista, onde a razão governamental se caracteriza como neoliberal, a produção e o consumo precisam ser livres e a população precisa ser governada e mantida saudável para produzir e consumir mais, para gerar lucro àqueles que detêm o poder e o controle da sociedade.

Acredita-se, que a função primordial do direito é garantir a prática do lazer, da contemplação, do tempo de vida, para resgatar a humanidade e a dignidade do trabalhador e de toda a humanidade.

Hodiernamente, o sujeito de direito, com base no fundamento da defesa de seus direitos subjetivos, está se reduzindo a sujeito trabalhador para ser consu-

midor, o cidadão dos séculos XIX e XX é reduzido a consumidor; o *homo legalis* a *homo oeconomicus*. É a quantofrenia em detrimento da dignidade humana.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento da sociedade moderna e das novas relações de produção capitalista exigiram uma tecnologia de poder que age de modo a gerenciar e a controlar as multiplicidades humanas. A anátomopolítica do corpo (ou disciplinas) e a biopolítica da espécie humana foram dois mecanismos do poder criados no decorrer dos séculos XVII e XVIII, como instrumentos de formatação e normalização dos indivíduos e das populações, uma espécie de ajustamento dos indivíduos às novas relações de produção então em pleno desenvolvimento.

Os poderes e conhecimentos tomaram o corpo e a vida do cidadão, do sujeito de direito abstrato, do indivíduo disciplinado, da população regulada, do homem normalizado. O direito moderno, formado a partir da lógica tríplice do poder soberano: lei sujeito Estado, parece ter prescindido da vida e do corpo do homem, uma vez que se preocupou em demasia com um sujeito racional e de vontade autônoma, livre para contratar, e circular no universo das categorias jurídicas e econômicas como proprietário, locador, cônjuge, comprador, vendedor, empresário etc.

Uma questão que permeou o seu artigo, é o constante controle sobre os gestos, sobre a forma de agir, sobre os hábitos, tornando-se um dos efeitos do poder, que na sociedade capitalista, busca extrair do homem a sua força máxima de produção.

A fruição do tempo livre normalmente se resume em realização de viagens, práticas esportivas, cinemas, leituras e, em evidência o consumo, sendo esta a principal prática incentivada pelo biopoder, por isso a necessidade dos homens se manterem saudáveis e empregados.

Considera-se que a principal função da prática do lazer, ou tempo de vida, se apresenta como um momento de fuga ao poder disciplinador e vigilante do biopoder, visto que quando o homem contempla este se encontra com ele mesmo e com o cosmos, se encontrando e desenvolvendo suas potencialidades em sua plenitude. O autoconhecimento e a realização pessoal são possíveis no tempo de lazer. No entanto, para que o lazer exerça sua principal função, é primordial que este direito seja garantido e defendido.

Chegou o momento em que o direito deve “encarnar” e tomar conta do corpo e da vida do ser humano. Este tomar conta não necessariamente implica uma proteção formal, tal seja, a da categorização.

O direito precisa notar mais a humanidade e dar-se conta de que, o seu principal foco são os seres humanos, que respiram, falam, sentem, sofrem, erram, pensam, amam, odeiam, matam, morrem, que simplesmente ou complexamente vivem, ou seja, o direito não se depara com abstrações, mas com vidas.

Além do direito, o homem também precisa tomar conhecimento e aceitar a sua humanidade, pois pode estar sendo autor de uma peça na qual não participará sendo o arquiteto de um futuro que dele não precisará.

REFERÊNCIAS

- ALBORNOZ, Suzana. *O que é trabalho*. – São Paulo: Brasiliense, 2008.
- ALVES, Giovanni. *Dimensões da Precarização do trabalho: ensaios de sociologia do trabalho*. Bauru: Canal6, 2013.
- ARENKT, Hannah. *A condição humana*. 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- BACAL, Sarah. *Lazer e o Universo dos Possíveis*. São Paulo: Aleph, 2003.
- CANDIOTTO, Cesar. *A governamentalidade política no pensamento de Foucault*. Filosofia Unisinos, jan/abr 2010, p. 33-43.
- DUMAZEDIER, Joffre. *Lazer e Cultura Popular*. São Paulo: Perspectiva, 1973.
- FOUCAULT, M. *Em Defesa da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.
- _____. *Segurança, Território, População*. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.
- _____. *As Palavras e as Coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. São Paulo, Martins Fontes, 2002.
- _____. *Historia da Sexualidade: a vontade de saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.
- _____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1986.
- _____. *Vigiar e Punir*. Petrópolis: Vozes, 1975.
- GAULEJAC, Vincent de. *Gestão como doença social: ideologia, poder gerencialista e fragmentação social*. Aparecida/SP: Ideias e Letras, 2007.
- LAFARGUE, Paul. *Direito à Preguiça*. 2. Ed. São Paulo: Hucitec; Unesp, 2007.
- MARCELLINO, Nelson Carvalho. *Lazer e educação*. 3^a ed. Campinas: Papirus, 1995.
- MEDEIROS, Ethel Bauzer. *O lazer no planejamento urbano*. Rio de Janeiro: FGV, 1971.
- NEGRI, Antonio, HARDT, Michael. *Império*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2006.
- _____. *Multidão – Guerra e democracia na era do Império*. Rio de Janeiro/São Paulo, 2005.
- _____. *5 Lições sobre O Império*. Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2003.
- RQUIXA, Renato. *Sugestões de diretrizes para uma política nacional de lazer*. São Paulo: SESC, 1980.
- SZANIECKI, Barbara. *Estética da Multidão*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

DIREITOS FUNDAMENTAIS: ORIGEM, EVOLUÇÃO, PRECURSORES DOUTRINÁRIOS E SEU PERFIL GERAL

FUNDAMENTAL RIGHTS: ORIGIN, EVOLUTION, PRECURSORS DOCTRINAL AND GENERAL PROFILE

Ronaldo Chadid

Doutorando em Direito na FADISP.

Mestre em Direito pela Universidade de Franca.

Conselheiro e Vice-Presidente do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul.

Submissão em 13.04.2015

Aprovação em 21.09.2015

Resumo: Os direitos fundamentais têm sua origem anterior ao seu reconhecimento por parte do Estado. O chamado mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais encontra-se caracterizada nos atos das Declarações de Direitos na França e Estados Unidos, confirmado apenas o que se considerava como direitos naturais, inalienáveis e sagrados. Até se chegar à condição de “fundamental”, foi um longo percurso histórico, que será o objeto da presente pesquisa. Justifica-se o estudo na perspectiva de que as premissas históricas fornecem o referencial necessário para que os direitos conquistados sejam de fato protegidos, mantendo-se nas fórmulas solenes dos Estados que os reconhecem, a afirmação de sua concretude. Isso significa que não estamos no começo ou no fim de um processo, mas no meio de uma travessia no desenvolvimento dos direitos fundamentais que apresentam hoje um perfil geral de formulação normativa aberta, e por não serem estáticos, imutáveis ou absolutos, permitem que sejam aplicadas a técnica da ponderação, cujos paradigmas referenciais orientam os sistemas jurídicos dos Estados, tendo como destinatários tanto os Estados como os cidadãos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Histórico; Perfil Geral.

Abstract: *Fundamental rights have their origin prior to its recognition by the state . The so-called myth of chronological and axiological pre- statehood of fundamental rights is characterized in the acts of the Declarations of Rights in France and the United States , confirming only what is considered as natural , inalienable rights , and sacred . Until reaching the condition of “fundamental “ was a long historical path, which will be the object of this research. Justified the study from the perspective of the historical premises provide the necessary framework to ensure that rights are protected conquered fact, keeping the solemn formulas of states that recognize the assertion of its concreteness. This means*

that we are not at the beginning or end of a process, but in the middle of a crossing in the development of fundamental rights we now present a general profile of open rules formulation, and are not static, immutable or absolute, allow them to be applied the weighting technique, which reference paradigms guide the legal systems of States, having addressed both the State.

Keywords: Fundamental Rights; History; General Profile.

Sumário: Introdução. 1. A justificativa filosófica da evolução histórica dos direitos fundamentais. 2. O conceito, a construção pré-estatal e a influência das diversas formas de conhecimento. 3. A origem dos direitos fundamentais. 3.1 Até a Idade Antiga. 3.2 Na Idade Média. 3.3 Na Idade Moderna. 3.5 Na Idade Contemporânea. 3.6. No século XX: a era das Constituições. 4. Perfil Geral. Conclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A concepção de certos direitos como fundamentais não surgiu num determinado instante da história. Ela é fruto de uma longa, sacrificada e dolorosa conquista da humanidade. O conhecimento desse processo histórico exige um esforço em busca das raízes de seu nascimento, de sua aceitação pela sociedade, de sua discussão doutrinária e de seu posterior reconhecimento pelo Estado.

Ao longo do tempo alguns direitos foram envolvidos por uma condição de “essencialidade”, muito embora não haja uniformidade sobre seu alcance e limite em todos os países. Nesse ponto é que se torna importante a compreensão de como os direitos fundamentais evoluíram.

Como preleciona a jurista Melina Girardi Fachin: “olhar para o passado, compreender o presente e projetar o futuro”². Este artigo procura cuidar da primeira parte dessa afirmação: *olhar para o passado*. E tentar desvendar os caminhos e acontecimentos que proporcionaram certos direitos serem cobertos pelo “manto da fundamentalidade” e envolvidos numa condição especial: a de se tornarem, dentre tantos outros direitos, fundamentais.

Para tanto, servimo-nos das observações doutrinárias, seja do campo filosófico, sociológico ou jurídico, trazendo os ensinamentos críticos que possibilitam apreender as situações históricas, desde os fatos anteriores à Antiguidade até o século XX, onde finalmente pode-se dizer que os direitos fundamentais tomaram “forma”, a ponto de não mais serem negados por nação nenhuma, embora disso-

² FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.128.

nantes em sua interpretação e aplicação. Objetiva-se, por fim, traçar o perfil dos direitos fundamentais, de forma que se possa caracterizá-los sob seus aspectos gerais, ante a impossibilidade de regra-los uniformemente.

1. A JUSTIFICATIVA FILOSÓFICA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Jean-Jacques Rousseau, em seu *Discurso: sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*, faz em seu prefácio a seguinte indagação:

Considero, igualmente, o assunto deste discurso como uma das questões mais interessantes que a filosofia possa propor, e, desgraçadamente para nós, como uma das mais espinhosas que os filósofos possam resolver: com efeito, como conhecer a fonte da desigualdade entre os homens, se não se começar por conhecer os próprios homens?³

Ao mesmo tempo em que a pergunta paira no ar, como se aguardando uma resposta definitiva e rápida, uma vez que direcionada para si mesmo - o homem, verifica Rousseau, sobre o avanço da civilização que:

O que há de mais cruel ainda é que, como todos os progressos da espécie humana a afastam sem cessar de seu estado primitivo, quanto mais acumulamos novos conhecimentos, tanto mais nos privamos dos meios de adquirir o mais importante de todos, o qual consiste, num certo sentido, em que à força de estudar o homem é que nos tornamos incapazes de o conhecer.

Não conhecer o *homem*, ou a pessoa humana neste caso, não significa desconhecê-lo completamente, e sim, não conseguir definir um limite, um alcance, em função do universo interpretativo que o homem faz de si mesmo sob diversos aspectos de sua própria existência: biológicos, religiosos, sociais, morais, intelectuais, políticos, filosóficos, éticos, legais dentre tantas outras formas de inseri-lo como objeto do conhecimento.

Conhecer a origem da desigualdade entre os homens é na essência, tratar da igualdade que se quer revelar nos direitos fundamentais. Assim, identificar as raízes dos direitos fundamentais e sua evolução permitem que nos aproximemos, no nosso sentir, de respostas de *como se desenvolveram?*, e em segundo, do *por quê dos Direitos Fundamentais?*⁴. Esta também foi uma das vertentes do pensamento de Rousseau⁵.

³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso:** sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. C|site/livros_gratis/origem_desigualdades.htm (8 of 64) [11/10/2001 19:05:32], p. 9.

⁴ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. p. 5.

⁵ Jean-Jacques Rousseau em seu *Discurso* afirma que: "o estudo do homem original, de suas verdadeiras

Como afirma Bobbio, “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – [...] – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências”⁶, pelo que, a busca dos motivos e desígnios da alma (religião), da mente (razão e filosofia) e do pensamento (ciência) é que determinaram os vários estágios de reflexões, aceitações, descrenças e legitimações dos direitos fundamentais.

2. O CONCEITO, A CONSTRUÇÃO PRÉ-ESTATAL E A INFLUÊNCIA DAS DIVERSAS FORMAS DE CONHECIMENTO

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins trazem a seguinte definição de direitos fundamentais: “são direitos públicos-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”⁷

Sustenta-se ao longo da história, que os direitos fundamentais seriam anteriores ao seu reconhecimento por parte do Estado, e que este teria a obrigação de assim faze-lo pois esses direitos, como a liberdade e a igualdade dos indivíduos seriam não só “direitos naturais” mas também uma condição *sine qua non* de legitimação da criação do Estado.

O mito da pré-estatalidade cronológica e axiológica dos direitos fundamentais está caracterizada nos atos das Declarações de Direitos na França e Estados Unidos, que os considerava como direitos naturais, inalienáveis, e sagrados, tendo sido proclamados como reconhecimento do que já existia⁸.

Pieroth e Schlink, tratavam da questão da pré-estatalidade sob duas vertentes: uma ligada às tradições norte-americanas e francesas do direito natural pré-estatal e outro da tradição germânica onde os direitos fundamentais só cabem aos indivíduos, depois de serem membros do Estado, pelo fato de ser humano não poder viver sem o Estado e a sociedade, o que indicou que os direitos naturais poderiam levar ao totalitarismo racial, tal como ocorrido entre 1933 a 1945 no terceiro Reich alemão⁹.

necessidades e dos princípios fundamentais dos seus deveres, é ainda o único bom meio que pode ser empregado para levantar essas multidões de dificuldades que se apresentam sobre a origem da desigualdade moral, sobre os verdadeiros fundamentos do corpo político, sobre os direitos recíprocos dos seus membros e sobre mil outras questões semelhantes, tão importantes quanto mal esclarecidas.” p. 9.

⁶ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992, p. 6.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 49.

⁸ Idem, p 52.

⁹ Cfe. explicam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins. Idem, p. 52-53.

No entanto, embora o direito advindo do poder estatal tenha uma força normativa indiscutível, por vezes, ao longo da história, até nos dias atuais, vemos direitos fundamentais sendo reconhecidos de maneira diferente em diversos países. No Brasil, seria impensável a permissão do aborto para mulheres que engravidassem pela segunda vez, ao contrário da China onde tal prática é permitida e legalizada.

E por vezes, registramos os direitos fundamentais sendo reconhecidos por normas não advindas do poder do Estado, mas por meio da religião ou dos costumes, como no direito de abortar em caso de estupro em contraposição aos fundamentos religiosos que não permitem faze-lo em hipótese alguma.

3. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 ATÉ A IDADE ANTIGA

Na Antiguidade, passando pela Idade Média e Moderna, até chegar aos dias atuais temos o registro de diversas formas de proteção a direitos que hodiernamente são considerados como fundamentais.

É claro que, o reconhecimento como fundamental, como um direito imanente à pessoa humana não foi assim idealizado pelos antigos. Podemos dizer que houve o estabelecimento de comportamentos humanos que decorriam do maior interesse por partes dos indivíduos envolvidos, tanto nas questões entre particulares, quanto nas questões entre os particulares e o Estado (por vezes sob o jugo também do Poder Temporal).

É assim que, na história dos direitos fundamentais, reconhecemos suas raízes na passagem do estado primitivo para um estado em que surge, ao mesmo tempo, o “interesse” ou o “conflito de interesses” advindo das vontades mais elementares do ser humano (por comida e abrigo) em seus primórdios.

Nos início da espécie humana, quando de um estado absolutamente primitivo, os homens começaram a se apreciar mutuamente, é que a ideia da consideração se formou em seu espírito, e cada um pretendeu ter direito a ela, não sendo mais possível daí em diante, faltar com ela impunemente a ninguém. Surgiram os primeiros deveres de civilidade, mesmo entre os selvagens, e então, toda falta voluntária tornou-se um ultraje, porque, com o mal que resultava da injúria, o ofendido via nela também o desprezo à sua pessoa, muitas vezes mais insuportável do que o próprio mal¹⁰.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso:** sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. C|/site/livros_gratis/origem_desigualdades.htm (8 of 64) [11/10/2001 19:05:32], p. 15.

É esse processo de transformação da racionalização da mente humana que forma a concepção de interesse e que vai se amoldando em conjunto com a forçosa necessidade de convivência comunitária, que induziu, de maneira natural, que cada um respeitasse o espaço e a vontade alheios para formação possível de uma sociedade baseada na ajuda mútua e ao mesmo tempo na tolerância para com o próximo. A partir daí, tão antigo quanto o nascer da sociedade, surge a luta pelo direito (“do que é meu e do que é seu” em princípio) como limitador das possibilidades que cada um tinha em relação ao outro.

O homem primitivo, que pensava sua existência apenas em termos de sobrevivência, em busca de alimento e da proteção (contra as intempéries, contra outros animais) passou a perceber que determinados territórios eram mais favoráveis e permitiam sua fixação por períodos mais longos, diminuindo seu desgaste físico. É o princípio da formação da posse e de sua natural defesa por aqueles que tinham interesse em mantê-la com certa exclusividade.

Consubstancia-se a formação de regras de convivência que, ao longo do tempo vão sendo transformadas em costumes. Com o desenvolvimento da escrita e da concepção do poder e da hierarquia as regras definidas pelos indivíduos “superiores” como aplicáveis a uma sociedade passam a ser obrigatórias; muitas delas eternizadas em blocos de pedra (como o Código de Hamurabi e a Pedra de Roseta).

No antigo Egito e na Mesopotâmia, consubstanciados no Código de Hamurabi (1690 a.C.), considerada a primeira unificação de um corpo de leis de concepção racional e humana¹¹, tivemos os primeiros fragmentos de mecanismos de proteção individual onde encontravam-se presentes direitos como a vida, propriedade e dignidade¹² destinadas a três classes sociais distintas, o que, em contrapartida permitiam a aplicação de desigualdades e as penas de morte, cruéis ou mutilatórias¹³.

No período axial, compreendido pelos séculos VIII a II a.C., Fábio Konder Comparato identifica com o surgimento do monoteísmo outros fragmentos da origem aos Direitos Fundamentais. Nasce a filosofia, em contraposição ao saber puramente mitológico que procura superar a tradição pelo saber lógico da razão¹⁴.

¹¹ PRADO, Antônio Orlando de Almeida (org.). **Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 9.

¹² Idem, p. 20; 40:

Art. 36. O campo, o horto e a casa de um oficial, gregário ou vassalo não podem ser vendidos.

Art. 185. Se alguém dá seu nome a uma criança e a cria como filho, este adotado não poderá mais ser reclamado.

¹³ Idem, p. 41; 40:

Art. Se alguém comete roubo e é preso, ele é morto.

Art. 196. Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

¹⁴ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmiação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

Dentre os doutrinadores, sem que cada um conhecesse a existência e o pensamento do outro, tivemos como destaques: Zaratustra na Pérsia, Buda na Índia, Lao-Tsé e Confúcio na China, Pitágoras, Sócrates, Aristóteles e Platão na Grécia, além dos personagens que iriam povoar a Bíblia, como os profetas Israel e Isaías.

Surge a democracia em sincronia com a tragédia grega que indagava sobre *qual deveria ser, doravante, o critério supremo das ações humanas?*

Através da tragédia grega, o homem passa a ser objeto de reflexão, e estabelecem-se os primeiros princípios e diretrizes fundamentais de vida. Nas palavras de Comparato:

É a partir do período axial que o ser humano passa a ser considerado, pela primeira vez na História, em sua igualdade essencial, como ser dotado de liberdade e razão, não obstante as múltiplas diferenças de sexo, raça, religião ou costumes sociais. Lançavam-se, assim, os fundamentos intelectuais para a compreensão da pessoa humana e para a afirmação da existência de direitos universais, porque a ela inerentes.¹⁵

Dentro do período axial, observamos no século IV e V a. C., no auge das conquistas gregas, e em destaque, nas de Atenas sobre os persas, que houve o triunfo político e a consolidação da democracia (ocorrendo um sentimento que sempre acontece quando o povo sente, de repente, sua força). Assim, no campo pessoal da democracia ateniense, assimilou-se a compreensão de que a conquista do povo se daria através da persuasão, da oratória, da eloquência e da retórica, passando esses métodos a serem importantes no processo de manutenção do poder.

Através do pensamento dos sofistas, sendo o maior de seus nomes, Protágoras, ensinavam e preparavam as pessoas para debater e ganhar uma causa, não se importando com a verdade, e sim com o argumento. Para os sofistas, toda afirmação tem dois lados e ambos podem ser válidos. Portanto, reconhece-se a crença na subjetividade, consubstanciada na célebre frase: “o homem é a medida de todas as coisas”, ou seja, o homem, mantendo um ponto de vista ou opinião, é que dá a medida de seu valor. Esse relativismo que coloca o homem em seu centro, retirando a religião como argumento filosófico, levou Protágoras a rejeitar a existência de uma verdade, justiça ou virtude absolutas. Assim, até mesmo a ética e os valores morais eram relativos e dependiam de como os homens (ou a sociedade) julgavam o certo e o errado. Embora com pensamentos opostos a Sócrates e Platão, que consideravam os sofistas apenas como retóricos, com Protágoras a

¹⁵ Idem. p. 23-24.

ética avançou significativamente rumo à visão de que nada existe de absoluto e que todos os julgamentos são subjetivos, inclusive os morais.¹⁶

Com os estoicos, a noção de lei não escrita (divina), em contraposição à lei escrita, é reconhecida pelo consenso universal, e não apenas como a lei própria de cada povo. Tais leis possuem um fundamento moral e, como justificativa para sua vigência, começa a ser ressaltado o pensamento religioso, bem como a ideia de direito natural.

Sócrates (469 a 399 a.C) que é considerado um divisor de águas na filosofia, haja vista a história considera-lo um de seus marcos – Sócrates e os pré-socráticos - tinha como preocupação central a investigação sobre a verdade.

Diferenciava Sócrates dos pré-socráticos pois estes procuravam explicar os fenômenos da natureza e, aquele, inicia uma nova tradição filosófica baseada em aspectos mais humanos – *nomos* – que procurava a compreensão da problemática humana (de onde viemos, o conhecimento, a verdade, a sabedoria).

Seus questionamentos sobre as crenças mais estimadas e sobre as próprias pessoas crentes, renderam-lhe muitos inimigos. Começou a envolver as pessoas de Atenas em debates sobre tópicos com a natureza do amor, da justiça e da liberdade, o que acabou culminando com sua morte por questionar a moralidade ateniense¹⁷.

Platão (427 a 347 a.C.), discípulo de Sócrates, buscava definições de valores morais abstratos, como justiça e virtude, bem como refutava a noção de Protágoras de que certo e errado seriam termos relativos.

Platão usa a teoria da caverna para explicar como o conhecimento sobre o mundo é limitado a sombras da realidade, e a tese de um mundo de forma ou ideias perfeitas. Ele diz que, o que nossos sentidos apreendem no mundo material não passam de imagens na parede de uma caverna produzidas pela sombras de um objeto que se encontra entre a parede e uma chama¹⁸.

Essa crença é a base da teoria das formas onde para cada coisa na terra que temos o poder de apreender com nossos sentidos há uma correspondente “forma” (ou ideia), uma eterna e perfeita realidade daquela coisa, no mundo das ideias. Assim, por exemplo, todo cavalo encontrado no mundo é uma versão menor de um cavalo “ideal”, ou perfeito, que existe no mundo de formas ou ideias, um reino que os humanos só podem acessar por meio da razão¹⁹.

¹⁶ BUCKINGHAM, Will et all (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) O livro da filosofia. São Paulo: Globo, 2011. p. 42-43.

¹⁷ Idem. p. 45-46.

¹⁸ Idem, p. 52.

¹⁹ Idem, p. 54.

Mais tarde, Santo Agostinho utiliza o pensamento de Platão, inserindo como centro do mundo das ideias, Deus.

Aristóteles (384 a 322 a.C.) estudou na Academia fundada por Platão, e tornou-se seu discípulo. Como não foi escolhido seu sucessor, deixou Atenas e com essa ruptura, deu oportunidade para satisfazer sua paixão pelo estudo da vida selvagem, talvez pelo seu pai ter sido médico, os interesses se voltaram para o que hoje chamamos de ciências biológicas, ao contrário de Platão, cuja formação foi eminentemente matemática.

Em Jônio, foi designado preceptor na corte macedônica onde instruiu o jovem Alexandre, o Grande (Alexandre Magno ou Alexandre III). Em 335 a.C. voltou para Atenas, onde encorajado por Alexandre fundou o Liceu, escola rival à Academia de Platão.

Aristóteles propõe uma mudança na teoria de Platão. Ele contava com os sentidos na busca da evidência para apoiar suas teorias. Ao estudar o mundo natural aprendeu que, observar as características de cada exemplo de planta ou animal específico, podia-se construir um retrato completo sobre o que o distinguia de outras plantas ou animais. Esses estudos confirmam para Aristóteles que não nascemos com a capacidade inata para reconhecer formas, como defendia Platão.

Portanto, a partir de nossa experiência do mundo, aprendemos quais as características compartilhadas que tornam as coisas aquilo que elas são. E a única maneira de experimentar o mundo, segundo o filósofo, é por meio dos sentidos.

No entanto, embora não nascêssemos com a capacidade inata para reconhecer formas que dependeria do sentido, Aristóteles reconhecia que o que é inato no ser humano é o poder da razão que não necessita dos sentidos, sendo esta uma característica que nos distingue de todas as outras criaturas vivas, colocando-nos no topo da hierarquia.

Assim, a “forma” de uma criatura não se limita a características físicas, mas inclui questões de como essa criatura faz e como ela se comporta, o que culmina em questões éticas.

Aristóteles preocupou-se com a questão teleológica (finalística) das coisas, inclusive da ética. Para ele, conhecer a finalidade de algo é saber o que é uma versão boa ou má de algo; o olho bom, por exemplo, enxerga bem.

No caso de uma vida de “bem”, é portanto, uma vida na qual cumprimos nosso objetivo ou usamos ao máximo todas as características que nos tornam humanos. Uma pessoa pode ser considerada virtuosa ou de “bem” se usa as ca-

racterísticas com as quais nasceu na busca da virtude, que seria na forma mais elevada para Aristóteles, a sabedoria²⁰.

Essas ideias são importantes, uma vez que vão permear o pensamento de Santo Tomás de Aquino, mais de 1400 anos depois.

A partir de 380 d.C. com a adoção do cristianismo pelo Império Romano como religião oficial ocorre uma ruptura da concepção divina com a quebra da unidade de um Deus como modelo de pessoa para o dogma da Santíssima Trindade (mas com uma única substância) e que concretiza a figura de Jesus como modelo do mundo ético de pessoa, e tendo, de fato existido na vida terrena, tornou os homens mais acessíveis à sua imitação.²¹

Assim, considerado todos os homens irmãos enquanto filhos de Deus, tornou-se um dos fundamentos para a construção de uma base de proteção aos direitos de igualdade, apesar das diferenças individuais e grupais. Para explicação de tal fenômeno, adotou-se a teoria do estado natural, onde os homens são livres, seus direitos são iguais e existem por sua própria natureza. O Direito Natural é encarado como anterior e superior ao Estado e, por isso, nem o Estado, nem o próprio homem, podem subtraí-lo.

No entanto, esse estado natural é encarado pela sua vertente divina, Deus, por influência direta da Igreja Católica. A teologia torna-se rapidamente no saber supremo e a maioria dos filósofos constituem-se de teólogos que consideravam a matéria como expressão da vontade de Deus.

O ser humano, mesmo considerado único, é limitado em sua autonomia. Parte dos teólogos desprezava a filosofia grega afirmando que poderiam ser influenciadores de heresias, e parte defendia a sua utilização a serviço da Igreja Católica. É preciso lembrar que, ao longo do século V o Império Romano passa a sofrer ataques dos povos bárbaros.

3.2. NA IDADE MÉDIA

Em 395 d.C o Império Romano foi dividido em, do Oriente e do Ocidente. Em 476 d.C todo Império Romano do Ocidente ruiu e o Império Romano do Oriente perdurou até 1453, ano em que os turcos tomaram Constantinopla, capital desse Império.

²⁰ GADAMER, Hans-Georg. **A ideia do Bem entre Platão e Aristóteles.** (tradução de Tito Lívio Cruz Romão) São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 56.

²¹ BUCKINGHAM, Will et alli (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) **O livro da filosofia.** São Paulo: Globo, 2011. p. 30.

A economia da Idade Média é marcada pelo feudalismo. A Igreja Católica mesmo com a queda do Império Romano do Ocidente manteve-se poderosa, influente e dona de 1/3 das áreas cultiváveis da Europa, época em que a propriedade imóvel era a base da riqueza medieval.

Nos primeiros períodos da Idade Média, a Patrística, torna-se uma escola filosófica que representa o esforço da Igreja para incorporar a filosofia grega ao catolicismo, utilizando-a ao seu serviço²². É o caso do nome mais expressivo desse período, Santo Agostinho (354 a 430 a.C.), que influenciado pela filosofia de Platão foi o arquiteto intelectual da Igreja Católica. Estudou retórica e aderiu ao maniqueísmo, a luta pelo bem e o mal. Defendeu a supremacia da alma (espírito) sobre o corpo (matéria).

Para ele, a alma teria sido criada por Deus para reinar sobre o corpo e dirigí-lo à prática do bem. O homem pecador, entretanto, utilizando-se do livre arbítrio costuma inverter essa relação, fazendo o corpo assumir o governo da alma. Provoca assim, a submissão do espírito à matéria, equivalente à subordinação do eterno ao transitório. Mas a verdadeira liberdade estaria na harmonia das relações humanas com a vontade de Deus.

A ideia de liberdade tem uma concepção espiritual. Ser livre é servir a Deus pois o prazer de pecar seria a escravidão. A liberdade humana seria própria da vontade (de Deus) e não da razão e aí estaria a fonte do pecado. Entre a razão e a fé, portanto, é na fé que se encontraria a verdade. E ela nos faria crer e obedecer em coisas que não entendemos em nome e por vontade de Deus.

Bobbio identifica a segunda fase dos Direitos Fundamentais a partir do momento que os mesmos passam a ser positivados pelos Estados. Ainda que os ideais de democracia e controle dos órgãos políticos, iniciados em Atenas e na República Romana respectivamente, tenham desaparecido com o surgimento do feudalismo, a afirmação positivada dos Direitos Fundamentais inicia-se ainda na Idade Média.

Neste período, conforme leciona Comparato, foram reduzidos os poderes políticos e praticamente extintos os econômicos. Entretanto, na Baixa Idade Média, os reis passaram a reivindicar seus poderes, juntamente com o papa. Contra os abusos dessa reconcentração do poder surgiram as primeiras manifestações. Por conseguinte, no ano de 1215 o Rei João da Inglaterra, o João Sem-Terra, assinou a Magna Carta, como forma de fazer cessar os inúmeros conflitos que possuía frente aos barões feudais e ao papado²³.

²² MORESCHINI, Claudio. **Historia da filosofia patrística**. São Paulo: Loyola, 2008. p. 82.

²³ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmiação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 57.

A Magna Carta não se constituiu essencialmente em uma declaração de direitos, pois se tratava de uma Carta que tão-somente concedia privilégios para os senhores feudais. Entretanto, sua importância para o estudo dos Direitos Fundamentais consiste no fato de que foi o primeiro vestígio de limitação do poder soberano do monarca. Pela primeira vez na história medieval, o rei se acha limitado pelas leis que ele próprio editava.

Além disso, a Magna Carta possuía cláusulas prevendo as liberdades eclesiásticas, apontando para uma futura separação institucional entre Igreja e Estado. Previa também limitações ao poder de tributar, que se achava restrito ao consentimento dos contribuintes, além de lançar as bases do tribunal do júri e o princípio do paralelismo entre delitos e penas, dentre outros Direitos Fundamentais ainda hoje consagrados, como o *habeas corpus* e o devido processo legal²⁴.

A Escolástica, movimento do século IX a XVI, desenvolveu-se sob os auspícios do Imperador Carlos Magno, que organizou o ensino baseado nas escolas católicas.

Também se preocupava com a fé a razão e com sua harmonização, e tem como principal nome Santo Tomás de Aquino (1225 a 1274 d.C.). Este defende que, se é correto que a verdade cristã ultrapassa as capacidades da razão, nem por isso os princípios inatos da razão poderiam estar em contradição com esta verdade sobrenatural.

Aquino utilizou Aristóteles para servir de base de sua filosofia que procurava elementos racionais para a fé. Reforça-se o conceito de lei natural que seria um dos modos pelos quais Deus instrui os homens para alcançarem o bem.

Aquino procura aproximar a Moral do Direito ao defender que a mesma lei natural que deve repercutir na lei humana é a responsável por prescrever as ações esperadas do homem virtuoso.²⁵

Na idade média, portanto, essa fusão de ideias filosóficas com o cristianismo concedeu rumos mais definidos ao jusnaturalismo, principalmente através de Santo Agostinho com seu dualismo platônico entre justiça humana (*lex temporalem*) e justiça divina (*lex aeterna*) e Santo Tomás de Aquino com a divisão das leis em quatro espécies: a lei eterna, a lei natural, a lei humana e a lei divina, chegando à premissa de que todo Direito positivo deve se adequar às prescrições de sua fonte de inspiração, em – específico o direito natural e o direito divino.

²⁴ GARCIA, Bruna Pinotti; DE LAZARI, Rafael. **Manual de direitos humanos**. Salvador: Juspodíum, 2014. p. 108.

²⁵ Idem, ibidem.

Portanto, tivemos um longo período onde os direitos fundamentais que reconhecemos hoje (liberdade, igualdade, propriedade, vida) eram explicados e defendidos sob o prisma de uma lei natural baseada na visão da Igreja. A verdadeira vida, liberdade, igualdade estavam na fé, submetendo a população a uma vida privada de prazeres, de liberdade física, de igualdade material pois estes não eram da vontade de Deus. Quanto à propriedade, sendo a terra a matéria vinda de vontade de Deus, e sendo a Igreja a sua representante, deveria ela conduzir e determinar o modo de sua utilização e não os homens.

3.3. NA IDADE MODERNA

Após essa fase tida como conservadora, um direito natural renovado se afastou daquelas origens teológicas buscando ares de autonomia. A ênfase a partir do século XV já não se resumia na origem divina, mas sim na natureza humana propriamente dita.

O holandês Hugo Grócio é citado com frequência como um dos maiores precursores dessa mutação de pensamento com sua clássica *De iure belli ac pacis* (1625). Começa a surgir o conceito universal de direitos humanos como base na igualdade essencial da pessoa.

No entanto, essas ideias libertadoras e que conferiam maior igualdade não eram bem aceitas entre os monarcas. Nesse período (séculos XVI a XVIII), os monarcas agiam de forma autocrática, transformando o povo numa massa e negando-lhes a liberdade no máximo possível, o que permitia o controle pleno do soberano ainda que pelo terror. Nicolau Maquiavel (1469 a 1527 d.C.) defendia que o soberano poderia fazer tudo, inclusive a conquista pela força e a renovação de leis antigas, uma vez que “os fins justificariam os meios”, deixando o direito de ter requisitos mínimos de conteúdo.

Após Maquiavel, também se destaca Thomas Hobbes (1588 a 1679 d.C.) o primeiro dos três contratualistas (os outros mais importantes foram John Locke e Jean-Jacques Rousseau). Os contratualistas defendiam a existência de um pacto social entre o Estado e o indivíduo para se manter a paz. Para Hobbes, que era absolutista, esse contrato ocorre a partir e a favor do Estado. Para ele o homem viveria um estado natural de selvageria onde o “homem seria o lobo do homem”. Nesse estado não haveria progresso, paz e segurança. Assim, os homens decidindo organizar-se fazem um contrato com o soberano que passa a ser o responsável pela ordem, desenvolvimento e proteção dos indivíduos, assegurando que os homens não retornem ao estado de selvageria. E uma vez que o contrato é firmado o soberano não admite mais qualquer

tipo de revolução ou contestações sobre suas decisões, mitigando as liberdades dos súditos.

John Locke (1632 a 1704 d.C.) também defende as ideias contratualistas, ou seja, a existência entre um contrato para manutenção da ordem e da paz. Porém Locke era liberal. Ele reconhece a importância do Estado, mas entende que o poder do soberano não deve ser absoluto, ao contrário de Hobbes. Em não sendo absoluto, quem limitaria esse poder? O Parlamento.

Locke também admite que o homem vive um estado natural, ou seja, por si mesmos e desprovidos de progresso e segurança. Assim, no estado natural não haveria instituição que protegesse a eles ou à propriedade privada. Assim é que os homens decidem ter um protetor onde se estabelece um contrato entre o Estado e os homens. O Estado seria um mediador de conflitos, garantindo o desenvolvimento e as regulações, mas permitindo que os indivíduos (no caso a burguesia) vivessem livremente, podendo possuir sua propriedade privada sem intervenção do Estado e praticar o comércio e promover a concorrência. A responsabilidade do Estado não seria de intervir sempre, mas quando os interesses da burguesia sofressem algum tipo de ameaça.

No século XVII também, se vê a vitória da descoberta racional e científica sobre o dogma cristão e o nascimento do racionalismo e do empirismo, baseados respectivamente pelos pensamentos de Platão e Aristóteles.

Ainda segundo Comparato, após um período de constantes revoltas contra a dinastia que lá reinava com inabalável apelo à religião católica, a nobreza conseguiu destronar o rei Jaime II, declarando o trono vago. A coroa foi então oferecida ao príncipe Guilherme de Orange, que a assumiu após aceitar uma declaração de direitos votada pelo Parlamento, a Bill of Rights (1689)²⁶.

Com ela extingue-se o regime de monarquia absoluta, retornando-se à ideia de governo representativo através dos poderes atribuídos ao Parlamento, o qual possuía garantias especiais de modo a preservar sua liberdade diante do chefe de Estado, gerando já uma noção de separação de poderes. Ainda que não fosse uma declaração de direitos humanos, no entender de Comparato:

O *Bill of Rights* criava, com a divisão de poderes, aquilo que a doutrina constitucionalista alemã do século XX viria denominar, sugestivamente, uma *garantia institucional*, isto é, uma forma de organização do Estado cuja função [...] é proteger os Direitos Fundamentais da pessoa humana²⁷.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 61-62.

²⁷ Idem. p. 124.

Merece destaque pouco depois do *Bill of Rights* as ideias contratualistas de Jean-Jacques Rousseau (1712 a 1778 d.C.). Para ele os homens nascem bons e livres, mas encontram-se acorrentados por todos os lados. O ideal de sociedade seria aquela idealizada pelo romantismo alemão onde não há disputas, propriedade e bens, onde os homens produzem seu próprio sustento, onde não há desigualdade. A sociedade teria surgido também de um contrato, mas nasceria viciada e injusta, pois haveria desigualdades sociais e um conflito entre ricos e pobres. Há, portanto, uma crítica a uma sociedade que existiria para trazer riqueza, mas que, na realidade seria injusta na medida em que traria o domínio da sociedade por uma minoria. E a responsável pela desigualdade, segundo Rousseau seria a existência da propriedade.

A solução seria a realização de um novo contrato social com novas bases, o que influenciou os burgueses e os acontecimentos que antecederam à Revolução Francesa. Nesse novo pacto, o poder pertenceria ao povo onde o governo seria eleito pelo povo e serviria para atender à vontade geral. Nesse contrato a vontade teria que ser aceita por todos e não somente por uma minoria.

Immanuel Kant (1724 a 1804 d.C.) lança as bases de seu pensamento através de suas obras Crítica da Razão Pura (1781), Crítica da Razão Prática (1788) e Crítica da faculdade do juízo (1790). Sem adentrar na teoria do conhecimento kantiano, o que nos interessa nesse momento é a Ética kantiana.

Os imperativos categóricos de Kant refletem a ética do dever. A ética para Kant é superior a moral ou seja, entre o dever e a felicidade deve prevalecer o dever. Para ele, a busca da felicidade não deve ser perseguida porque ela é passageira. O que deve ser almejado é o “agir de tal forma que sua ação seja considerada como norma universal”, ou seja em prol do bem comum. De igual forma, outro imperativo categórico seria “tomar a humanidade como fim e não como meio”. Isto significa não usar as pessoas para atingir a riqueza e a felicidade, como meio para obter algo. Assim, tomar a humanidade como fim em si mesmo é trazer a noção de respeito, de ética, pelo que elas são.

Kant, embora precursor da Revolução Francesa, tinha um entendimento pacifista. Em sua obra “À Paz Perpétua” de 1795 ele trata de um direito cosmopolítico, onde aceita a possibilidade de defesa daquele que se encontra em seus domínios. Porém, defende o desarmamento gradual das nações, a constituição dos Estados pela forma republicana onde o relacionamento entre as pessoas está na construção dos direitos de cada um, de modo a garantir as condições para uma hospitalidade universal. Ou seja, é o argumento de Kant de que a razão tem o poder para instituir a paz, desde que haja o comprometimento de todos. Após a Segunda Guerra Mundial, claramente o pensamento kantiano é renovado na tentativa de se estabelecer os direitos humanos de maneira global.

3.4. NA IDADE CONTEMPORÂNEA

Pois bem, retomando os fatos do século XVIII, antes da eclosão da Revolução Francesa, tivemos o movimento de Independência das colônias dos Estados Unidos da América do Norte.

Ocorreu a Declaração de Virgínia de 1776, que segundo Comparato, foi o “registro de nascimento dos direitos humanos na História.” Isto porque anteviu uma gama de Direitos reiterados posteriormente na Declaração da Independência, a qual é considerada como “uma declaração à humanidade”, que deu início a uma nova legitimidade política: a soberania popular²⁸.

Foi também o primeiro documento a reconhecer a existência de direitos inerentes a todo ser humano, independentemente de sexo, raça, religião, cultura ou posição social.

A Declaração dos Estados Unidos, entretanto, teve um caráter fechado ou, melhor dizendo, preocupou-se tão somente “em firmar a sua independência e estabelecer seu próprio regime político do que levar a ideia de liberdade a outros povos.”

Diante disso, com a positivação dos direitos em Declarações dos Estados, Bobbio entende que os Direitos Humanos ganham em concretividade, mas perdem em universalidade, pois só teriam validade no âmbito do Estado que os reconhece²⁹.

Bobbio cita como exemplo, além das Declarações acima estudadas, a Declaração de Direitos da Revolução Francesa. Entretanto, ao contrário da Declaração de Independência dos Estados Unidos, a Revolução Francesa pretendeu anunciar-se para todos os povos e todos os tempos³⁰. Nesse sentido, na Assembleia Nacional Francesa sobre a redação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, Duquesnoy, citado por Comparato, explicou:

Uma declaração deve ser de todos os tempos e de todos os povos; as circunstâncias mudam, mas ela deve ser invariável em meio às revoluções. É preciso distinguir as leis e os direitos: as leis são análogas aos costumes, sofrem o influxo do caráter nacional; os direitos são sempre os mesmos³¹.

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmiação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 132.

²⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 20.

³⁰ Idem, ibidem.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmiação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 140.

Assim também pensa Bonavides, segundo o qual “a universalidade se manifestou pela vez primeira, qual descoberta do racionalismo francês da Revolução, por ensejo da célebre declaração dos Direitos do Homem de 1789.”³²

No entendimento de Bonavides, as declarações anteriores, de ingleses e americanos ganhavam em concretude, entretanto dirigiam-se ou a um povo específico, ou a uma camada social privilegiada, enquanto a Declaração francesa tinha por destinatário o gênero humano.

Enquanto os norte-americanos mostraram-se mais interessados em firmar sua independência em relação à coroa britânica do que em estimular igual movimento em outras colônias europeias, os franceses consideraram-se investidos de uma missão universal de libertação dos povos. Além disso, os Estados Unidos deram ênfase às garantias judiciais dos Direitos Fundamentais, ao oposto dos franceses, que se limitaram quase que tão somente a declarar direitos, sem mencionar os instrumentos judiciais que os garantissem.

Não obstante, em princípio achava-se que a Declaração de 1789 não tinha caráter normativo, por não possuir a sanção do monarca, não passando de uma declaração de princípios. Posteriormente, entretanto, foi reconhecido que a competência decisória por ela exercida era proveniente da vontade da Nação, como Poder Constituinte, e que o rei não passava de poder constituído.

Não há dúvidas de que tal declaração, aliada aos ideais de Karl Marx (1818 a 1883 d.C.), influenciaram profundas transformações na Sociedade e, consequentemente, na forma de atuação dos Direitos Fundamentais.

Tem razão as observações de Lynn Hunt, quando afirma, em relação aos direitos humanos, que houve uma lacuna em sua história, da Revolução Francesa até a Declaração Universal das Nações Unidas de 1948. Porem, os direitos não desapareceram nem em pensamento, nem na ação, mas as discussões e os decretos ocorreram quase que exclusivamente dentro de estruturas nacionais específicas.³³

Assim é que, os Estados acabaram por reconhecer os diversos direitos humanos e incorporados nas suas respectivas Constituições como direitos fundamentais, cada um disciplinando seus vários tipos: direitos sobre a vida, limitação de aborto, sobre penas cruéis, liberdade religiosa, liberdade de pensamento, de igualdade das mulheres. Ganharam terreno nos séculos XIX e XX, porém é certo

³² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 562.

³³ HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. (tradução: Rosaura Eichenberg) p. 177.

que os debates sobre direitos naturais universalmente aplicáveis diminuíram. Os trabalhadores, por exemplo, ganharam direitos como trabalhadores britânicos, franceses, alemães ou americanos.

Entre 1789 a 1815, duas concepções diferentes de autoridade guerrearam entre si: os direitos do homem de um lado e a sociedade hierárquica tradicional do outro. Basta se ver que nesse período a escravidão encontrava-se ainda em plena utilização.

O nacionalismo assumiu posição de estrutura dominante para os direitos gradualmente depois de 1815, com a queda de Napoleão e o fim da era revolucionária.

O maior ponto de convergência, e ao mesmo tempo de desigualdade passou a ser a questão étnica.

Os nacionalistas interessados em garantir os direitos dentro das nações mostravam-se dispostos a rejeitar os direitos de outros grupos étnicos. Os alemães reunidos em Frankfurt clamaram por uma nova Constituição alemã, porém negaram qualquer autodeterminação aos dinamarqueses, poloneses ou tchecos dentro de suas fronteiras propostas. Os húngaros que pediam independência da Áustria ignoravam os interesses dos romenos, croatas e eslovenos, que constituíam mais da metade da população da Hungria.

A competição interética condenou ao fracasso as revoluções de 1848 na Alemanha, Itália e Hungria e com elas a ligação entre os direitos e a autodeterminação nacional. A unificação da Alemanha e da Itália foi obtida nas décadas de 1850 e 1860 por guerras e diplomacia, e a garantia dos direitos individuais não desempenhou papel nenhum. O nacionalismo tornou-se cada vez mais fechado e defensivo. A Europa se dividiu em nações-Estados de etnicidade e cultura relativamente homogêneas.

Nessa nova atmosfera protetora, o nacionalismo assumiu um caráter mais xenófobo e racista. Embora a xenofobia pudesse ter como alvo qualquer grupo estrangeiro (os chineses nos Estados Unidos, os italianos na França ou os poloneses na Alemanha) as últimas décadas do século XIX assistiram a um crescimento alarmante do antisemitismo. Os políticos de direita da Alemanha, na Áustria e na França usavam jornais, clubes políticos e os novos partidos políticos para atingir o ódio aos judeus como inimigos verdadeiros da nação. Na Alemanha, depois de duas décadas de propaganda antisemitista, o Partido Nacional Alemão fez dessa sua plataforma em 1892.

No entanto, o nacionalismo não foi o único movimento de massa a surgir no século XIX. Surge também o socialismo e o comunismo que se formaram numa

reação explícita dos direitos individuais, uma vez que, internamente, clamavam-se por direitos para as classes mais baixas para que tivessem igualdade social e econômica, atacando o liberalismo que não dava respostas a estas contradições.

3.5. NO SÉCULO XX: A ERA DAS CONSTITUIÇÕES

Os dois diplomas mais importantes trazidos pela doutrina no desenvolvimento dos direitos fundamentais consubstanciam-se na Constituição Mexicana de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919.

A Constituição Mexicana de 1917, além de disposições de proteção da família, do direito à saúde e à moradia digna, previa também alguns direitos sociais como a desmercantilização do trabalho, ou seja, a proibição de equipara-lo a uma mercadoria, a criação da responsabilização dos empregadores por acidente de trabalho, jornada de trabalho de 8 horas e noturna de 6 horas, salário mínimo digno, direitos das gestantes, descanso para cada 6 dias trabalhados, entre outros, foram precursores das bases de um Estado Social de Direito.

A Constituição alemã de 1919 decorre de um contexto social e político verificado na Europa, pós-Primeira Guerra Mundial. A Alemanha, derrotada em 1918 mergulha em crise econômica e social.

Fortes correntes a favor de uma democracia parlamentar ou uma ditadura do proletariado foram frutos de embates que culminaram na Assembleia Constituinte eleita em 06 de fevereiro de 1919 e instalada na cidade de Weimar.

A redação vencedora da Constituição alemã procurou superar o modelo soviético implantado em 1917, de vertente comunista, sem perder de vista a intenção dos grupos socialistas representados na assembleia. Assim, o Estado Social germânico aparece como uma nova espécie orgânica de integração que ficava entre o individualismo ocidental e o coletivismo russo.

É possível reconhecer na Constituição de Weimar um extenso rol de direitos fundamentais como direito à igualdade cívica entre homens e mulheres, de circulação no território para fora dele, das minorias de língua estrangeira, de inviolabilidade de domicílio entre outros, ao lado de direitos sociais como assistência à maternidade, direito à aposentadoria, ao trabalho, direito da classe operária a um “mínimo geral de direitos sociais” etc.

O Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães (Partido Nazista) fundado em 1919 sucede o Partido dos Trabalhadores Alemães. Após a quebra da Bolsa em 1929, a Alemanha sofre uma nova crise econômica e após a eleição de 1932 os nazistas tornam-se o maior partido do *Reichstag* (Congresso Alemão).

Hitler é nomeado chanceler alemão e em março de 1933 a Lei de Concessão é aprovada, emendando a Constituição de Weimar, o que permitiu a Hitler e ao seu gabinete aprovarem leis com violação da Constituição, mesmo sem o consentimento do presidente ou do *Reichstag*. Em 2 de agosto de 1934 morre o presidente Hindenburg e Hitler torna-se chefe de Estado e de Governo. A prática antisemitista retorna num nível inimaginável culminando com a grande perseguição, principalmente de judeus, ciganos e eslavos.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a descoberta das atrocidades da Era Hitler, os nazistas são levados ao julgamento de Nuremberg (1945-46), estabelecendo o precedente de que os governantes, funcionários e militares poderiam ser punidos por crimes contra a humanidade.

A Carta das Nações Unidas de 1945 enfatizou questões de segurança internacional e dedicava apenas algumas linhas ao “respeito e cumprimento universal dos direitos humanos e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Entretanto, criava uma Comissão dos Direitos Humanos, cujo trabalho, após dezenas de reuniões e mais de 170 emendas, culmina com a aprovação pela Assembleia Geral em 10 de dezembro de 1948 na aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Não podemos deixar de seguir o entendimento de Bobbio, quando afirma que a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, é quem dá início à terceira e mais importante fase dos Direitos Fundamentais pois, além de sua universalidade, ela:

Põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado³⁴.

Não obstante, Bobbio lembra também que a Declaração de 1948 é apenas o início de um longo processo, pois não tem forças de norma jurídica. Surgida com o fim da Segunda Guerra Mundial a fim de combater as atrocidades cometidas contra a dignidade humana, no entender de Bobbio, a Declaração é apenas um ideal a ser alcançado³⁵.

Na historicidade dos direitos fundamentais, na concepção pós Segunda Guerra veio a se destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e reiterada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993.

³⁴ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 19.

³⁵ Idem, ibidem.

Após o cenário do genocídio da Era Hitler, que se vislumbra o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma orientador da ordem internacional contemporânea, para restaurar o que a jurista Flávia Piovesan denomina de *lógica do razoável*³⁶, manifestada pela ácida crítica e ao repúdio à concepção positivista destituída de valores éticos, uma vez que o nazismo e o fascismo ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade, promovendo a barbárie em nome da lei.

Assim, verifica-se o reencontro dos direitos fundamentais com o pensamento kantiano, onde os homens, que possuem o atributo da racionalidade, constituem um fim em si mesmo e, portanto, possuem um valor intrínseco absoluto, sendo insubstituíveis e únicos, o que os torna dotadas de dignidade. Dessa forma, Kant preconiza que o tratamento que se deve dar à humanidade precisa ser realizado na pessoa de cada ser, sem como um fim, nunca como meio³⁷.

Para Bobbio, os direitos humanos positivados não derivam do estado de natureza, o qual foi utilizado apenas como argumento para justificar racionalmente determinadas exigências do homem. Segundo ele, o real surgimento de alguns direitos deriva das lutas e movimentos travados pelos homens, cujas razões devem ser buscadas na realidade social da época, e não no estado de natureza, pois este revela a hipótese abstrata de um estado simples, primitivo, onde o homem vive com poucos carecimentos essenciais, oposto ao mundo de onde derivou toda a gama de Direitos Fundamentais que hoje conhecemos³⁸.

O seu fundamento de validade não é um dado objetivo extraível da natureza humana, mas o consenso geral dos homens acerca da mesma, já que tais direitos são reconhecidos por todas as sociedades civilizadas e estampados em Declarações Universais.

4. PERFIL GERAL

Conforme percebemos, a influência pré-estatal é fator decisivo para a normatização dos direitos fundamentais, ora com alguns retrocessos em razão de reprimendas oriundas de governos autoritários, ora com avanços significativos advindos das novas relações sociais incorporadas ao longo da história pelos mais diversos povos.

Assim, os direitos fundamentais apresentam um perfil geral de característica não estrita, ou seja, de formulação normativa aberta na medida em que é co-

³⁶ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 37.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 13.

³⁸ Idem. p. 15.

num existir uma situação não suficientemente precisa ou única em que se possa achar uma consequência jurídica clara, como ocorre, por exemplo, no enunciado: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

As **regras** são aplicadas a partir da técnica da subsunção, onde o caso concreto se ajusta ou não ao pressuposto fático do enunciado jurídico.

Já os direitos fundamentais são apresentados sob o prisma de princípios (gerais), que são aplicados pela **técnica da ponderação**, que não ataca a lógica do “tudo ou nada” das regras, e que busca a otimização do valor ou bem jurídico nele contido, na medida das possibilidades do caso concreto.

Devem ser considerados como **paradigmas referenciais** éticos que orientam o constitucionalismo contemporâneo impondo limites ao Estado a partir da ótica da humanidade.

De igual forma, os direitos fundamentais **não são um conceito estático, imutável ou absoluto**. Pelo contrário, trata-se de um fenômeno que acompanha a evolução da sociedade e das novas tecnologias, surgindo assim, novas necessidades de positivação para proteger a dignidade humana, a liberdade, a igualdade e fazer da solidariedade uma realidade entre todos³⁹.

A quem são destinados, ou, quem deve respeitar os direitos fundamentais? A princípio a história demonstra que sua principal função foi a limitação do poder estatal, num **efeito vertical** de aplicação.

No entanto, após a Segunda Guerra Mundial, a doutrina e jurisprudência alemã passaram a sustentar a produção de **efeitos horizontais**, conhecido por *Drittewirkung*, ou “efeitos para terceiros”, tendo aplicação entre os particulares⁴⁰.

Esse novo “olhar” ampliou significativamente o alcance dos direitos fundamentais, fazendo surgir novos deveres nas relações privadas e aumentando significativamente as possibilidades e vertentes jurídicas para implementação de sua proteção, ainda não definitivamente consolidadas, principalmente no que se refere aos chamados “direitos morais”.

Os fatores subjetivos muito presentes nas relações particulares fogem dos parâmetros herméticos dos direitos que se concretizam pelos danos materiais, o que possibilita considerar uma série de situações que podem atuar no limite e alcance dos direitos fundamentais. Além do mais, a evolução da sociedade e dos processos de produção que influenciam nas relações entre os indivíduos, é que

³⁹ GARCIA, Marcos Leite. O processo de formação do ideal dos Direitos Fundamentais: alguns aspectos destacados da gênese do conceito. p. 5.

⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011. p. 102.

tornam possível a exequibilidade de determinados direitos fundamentais e sua maior proteção contra violações⁴¹.

Esse é o cenário em que atualmente se apresentam os direitos fundamentais.

Mas a advertência, tanto para a doutrina quanto para os Estados, é que, o fato destes reconhecerem o surgimento de outros direitos fundamentais não permitem que se descuidem das conquistas anteriores. Num mundo em crise, onde nem mesmo os direitos mais elementares como a vida e a liberdade tem sido plenamente respeitados, a ampliação desses novos direitos chamados de terceira ou quarta geração, não podem vir desacompanhada da manutenção dos direitos de primeira e segunda geração, sob pena do desmoronamento da própria estrutura normativa e valorativa de que os seres humanos consideram verdadeiramente essenciais para sua própria existência, sobrevivência e perpetuação.

CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais reclamam reconhecer o passado para apreender o presente e edificar, em síntese dialética às violações pretéritas, o futuro.⁴²

Os acontecimentos históricos, normalmente acompanhados dos problemas sociais, econômicos, religiosos e políticos de cada época proporcionaram o surgimento de direitos e a possibilidade de articulá-las, transformando-os em fundamentais.

As discussões filosóficas e sociológicas, que partiram nos primórdios da Antiguidade da concepção do próprio ser humano, chegaram ao século XX com as questões de bem-estar individual e social. Convertidas essas discussões em demandas políticas, tornou possível a positivação pelo Estado e a criação de garantias de proteção aos direitos fundamentais.

O pós-Segunda Guerra Mundial inaugurou uma nova concepção de direitos fundamentais, uma vez que, diante das atrocidades cometidas nesse conflito, revelaram a necessidade que todos os povos possuem de se resguardarem de regimes bárbaros e que violem os direitos mais elementares do ser humano.

Isto não significa que estejamos no começo ou no fim de um processo, mas no meio de uma travessia no desenvolvimento dos direitos fundamentais. As premissas históricas nos dão o referencial necessário para que os direitos conquistados sejam de fato protegidos, mantendo-se nas fórmulas solenes dos Estados que os reconhecem, a afirmação de sua concretude.

⁴¹ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 16.

⁴² FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p.156.

O perfil geral dos direitos fundamentais, por não ser estático, imutável ou absoluto, permite uma formulação normativa aberta, aplicadas a partir da técnica da ponderação, cujos paradigmas referenciais orientam os sistemas jurídicos dos Estados, tendo como destinatários tanto os Estados como os cidadãos.

Mas tem razão Bobbio, quando afirma que a *efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana*⁴³. Num mundo onde miséria e guerra ainda são uma constante, onde o excesso de poder e de impotência ainda criam condições desumanas, constituem fatores impeditivos à sua plena aplicação, apesar das *antecipações iluminadas dos filósofos, das corajosas formulações dos juristas e dos esforços dos políticos de boa vontade*. Ainda há um grande caminho a percorrer e que a história contada daqui a algumas décadas ou séculos, poderá considerar o presente momento, ainda muito próximo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, apenas como o início da afirmação dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BUCKINGHAM, Will et all (ZIEGELMAIER, Rosemarie (trad.) **O livro da filosofia**. São Paulo: Globo, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- FACHIN, Melina Girardi. Direito humano ao desenvolvimento e justiça de transição. In: Piovesan, Flávia; Soares, Inês Virgínia Prado. **Direitos humanos atual**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. **Manual de direitos humanos**. Salvador: Juspodim, 2014.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. (tradução: Rosaura Eichenberg)
- MORESCHINI, Claudio. **História da filosofia patrística**. São Paulo: Loyola, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- PRADO, Antonio Orlando de Almeida (org.). **Código de Hamurabi, Lei das XII Tábuas, Manual dos Inquisidores, Lei do Talião**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

⁴³ BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 26.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso:** sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. s/d.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E O DIREITO SOCIAL DE MORADIA: A POSSE COMO EXPRESSÃO DE DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA.¹

LANDHOLDING REGULARIZATION AND THE SOCIAL RIGHT TO A STANDARD OF LIVING: LAND POSSESSION AS A CENTRAL FUNDAMENTAL CONDITION OF BASIC RIGHT TO DECENT HOUSING

Gilson Ferreira

Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da USP.

Professor da Universidade Nove de Julho – Uninove.

Submissão em 04.04.2015

Aprovação em 22.05.2015

Resumo: A partir das noções de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos, busca-se promover uma análise crítica da posse como categoria de direito privado contrastando-a com seu perfil promocional que se radica a partir do reconhecimento dos direitos sociais, como fruto de lutas sociais e como mecanismo de superação da crise mundial da segunda metade do século XIX. O problema é analisado pela dimensão retórica e argumentativa dos Direitos Humanos que método que aponta para a necessidade de uma prática judicial inovadora como via alternativa de concretização do direito de moradia pelo reconhecimento da função social da posse, na medida em que somente assim é possível superar o paradoxo da ineficácia social dos Direitos Humanos e do direito à moradia digna com sua concretude judicial o que demonstra que os Direitos Humanos são o resultado de luta constante de sua afirmação. A questão primordial a ser enfrentada reside nisso: a regularização fundiária em áreas de proteção ambiental, porque são áreas de fragilidade. Os valores que se contrapõem são de um lado, o direito à moradia e de outro, o direito a meio ambiente saudável e equilibrado e entre essas duas garantias constitucionais estão a posse e a propriedade com a sua função social-ambiental.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Moradia; Posse; Propriedade; Regularização Fundiária.

¹ Os resultados apresentados neste trabalho são parte de uma pesquisa acadêmica mais ampla desenvolvida no âmbito do Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente (GEAMA/USP), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a coordenação da Prof.^a. Associada Patrícia Faga Iglesias Lemos.

Abstract: From the concept of Fundamental Rights and Human Rights, this article is addressed to promote a critical analysis of possession as a category of private law by contrasting it to its promotional profile whose roots can be found in the recognition of social rights, as a result of social struggles and as a mechanism to overcome the global crisis occurred in the second half of the nineteenth century. The problem is analyzed by the argumentative and rhetorical dimension of Human Rights which points to the need for a innovative judicial practice as an alternative way of realizing the rights to adequate housing by the recognition of the social function of possession, which is the only way the paradox of ineffectiveness of social human rights and the right to adequate housing can be overcome by judicial decision which demonstrates that human rights are the result of constant struggle of its statement.

Keywords: Human Rights; Possession; Adequate Housing Rights

Sumário: Introdução. 1. Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: aproximações, distanciamentos e reaproximações necessárias. 2. Direitos Humanos: luta e resistência no percurso formativo. 3. Posse: de categoria de direito privado a expressão de Direitos Humanos. 4. As ocupações (ir)regulares em áreas de vulnerabilidade socioambiental e o direito fundamental à moradia. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Parece pouco verossímil que a posse, como fenômeno social e econômico possa se ver articulada com problemática dos direitos humanos, especialmente porque a Constituição ao tratar dos Direitos Fundamentais do Cidadão, no artigo 5º, faz referência expressa à propriedade e no capítulo da Ordem Social e Econômica, elemento condicionante da construção de uma sociedade justa fraterna e solidária, repete essa referência à propriedade e a sua função social.

No âmbito dos direitos fundamentais e das garantias dadas pela Constituição, a propriedade tem papel de destaque e permanece entronizada, como o demonstra a história das Constituições. A posse, de outro lado, possivelmente, em razão das históricas dissonâncias teóricas que lhe minam o campo, ainda continua tratada como um mecanismo de acesso à propriedade, sendo que, de uma perspectiva autônoma, isto desvinculada da propriedade, dela tratam os autores apenas timidamente.

Contudo, a partir do momento em que se deflagra um processo de reconceptualização das tradicionais categorias de direito privado, com o deslocamento do aspecto social e promocional do Direito para o primeiro plano de modo que a posse, a propriedade, o contrato, a empresa e a família ressurgem com uma nova face. É face da função social, que levará a um redesenho desses ancestrais institutos.

O mundo contemporâneo é marcado por intensa complexidade em suas relações internas, circunstância que faz instaurar na ordem política e, por con-

seguinte na ordem jurídica, um processo de relativização do direito, que pretendendo dessacralizar-se, deixa de ser absoluto e oponível para se apresentar funcionalizado, isto é, destinado a se harmonizar com as diferentes dimensões e aspectos da vida social.

O aspecto funcional de categorias jurídico-normativas é uma dimensão que toma como medida o aspecto subjetivo das relações jurídicas. Esse movimento de deslocamento das preocupações normativas do patrimônio para o sujeito de direito, implica num verdadeiro processo de repersonalização das relações jurídicas, cuja consequência é o abandono das fórmulas oitocentista.

Assim, quando socialmente funcionalizadas as relações jurídicas trazem como consequência a revitalização do Direito a partir da compreensão de que o Direito é um fenômeno político, cultural e econômico e deve ser encarado como um instrumento realizador da vida humana em sociedade e não mero produto estatal.

Direito e sociedade são simbioticamente relacionados; um e outro são necessária e umbilicalmente inseparáveis: não podem ser compreendidos independentemente um do outro, disso derivando, portanto, que as fórmulas normativas devem apresentar uma tessitura mais delgada, mais aberta e plástica para que nelas sociedade e direito se ajustem, a cada movimento de transformação social e política.

Nessa nova circunstância, a posse passa a se relacionar mais direta e frontalmente com a propriedade, colocando-se ao seu lado como o mesmo grau de importância. A partir da compreensão de que a propriedade não apenas tem uma função, mas ela mesma é uma função, deflagrou-se a discussão acerca da perspectiva funcional da posse como categoria de direito fundamental.

Trata-se de uma perspectiva que repercute no âmbito dos direitos humanos, na medida em que a tradição romano-canônico herdada pelo direito português e transmitida ao direito brasileiro já naqueles momentos de ensaio de projeção de código civil, propriedade e a posse sempre foram tratados de maneira relacional, preponderando a propriedade, como expressão de poder político e econômico, sobre a posse, como fato social cede lugar a uma nova compreensão do fenômeno possessório, no qual se articulam valores como trabalho e moradia.

Nesse cenário, questão relevante que se põe como pano de fundo para a vertente discussão é, primeiro saber se para além de direito fundamental, a posse quando funcionalizada assume ou pode assumir aspectos de Direitos Humanos; uma vez assentada essa premissa, cumpre discutir em que medida a posse que se materializa no trabalho e na moradia, revelando o aspecto promocional da dignidade da pessoa

humana se efetiva no âmbito dos Direitos Humanos, por meio do processo de regularização fundiária, excedendo os limites categoriais de Direito Privado.

A análise da questão proposta toma em linha de consideração as transformações conceituais porque passaram os institutos de direito privado, que de *locus* privilegiado do indivíduo, isto é, do burguês livre das interferências do Estado² referencial do Estado Liberal passa, no Estado Social, a representar um *locus* que harmoniza legalidade e justiça social, expressões usadas por Pietro Perlingieri para descrever os contornos do Estado Social³.

Essa passagem do Estado Liberal para o Estado Social, cujas fronteiras se alargaram e suprimiram áreas de contraste como o direito público e o direito privado, por exemplo, implicou na alteração das forças, técnicas, organização e epistemologia do Direito, aspectos que segundo François Ewald teria transformado o Direito Civil em Direito Social.⁴

Essa transformação que se opera em alguma medida no conteúdo do direito privado, sem ignorar suas raízes históricas e ancestrais, passou a apresentar novos contornos e conteúdos; instaurou-se verdadeiro processo antropofágico: as categorias tradicionais de direito privado amalgamaram-se a outros elementos, possibilitando compreender que o direito num mecanismo legitimador de usos e práticas de coação e sanção sociais. Para Marcio Alves da Fonseca é esse movimento e processo de renovação do direito permite pensá-lo diferente.⁵

Objetiva-se, portanto, com este artigo de revisão demonstrar que a posse funcionalizada é uma categoria de direito fundamental do cidadão a partir do assentamento no texto constitucional da garantia do direito à moradia; reconhecida essa dimensão da posse reveste-se ela dos caracteres de Direitos Humanos a possibilitar, no âmbito das práticas político-jurídicas, a efetivação dos Direitos Humanos no Brasil, por meio da regularização fundiária.

Para esse desiderato, o artigo principia por estabelecer as eventuais fronteiras entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a fim de compreender em que medidas esses dois termos se aproximam e se distanciam para verificar, a partir desse movimento, o diálogo entre eles como um fenômeno social e político; em seguida, este trabalho discute o processo de formação dos Direitos Humanos, examinando a questão da perspectiva migratória da tradição à resistência.

² LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.13-15.

³ PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.14.

⁴ EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Grasset, 1986, p.29.

⁵ FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.37.

Nesse ponto, quer-se discutir, em sede de Direitos Humanos, a transformação vetorial que se deu com a passagem da dignidade da pessoa humana para a noção de Direitos Humanos, observando-se a perspectiva processual dessa transformação em princípio expressão de resistência e de luta políticas.

Objetiva essa discussão estabelecer a moldura teórica dentro da qual se move a posse, como representação da luta que se trava no terreno do direito privado com vistas a sua emancipação para se colocar como direito fundamental e, por via de consequência, como expressão de Direitos Humanos.

Ao final, em arremate às discussões travadas no espaço desse trabalho, são feitas algumas considerações, sujeitas que estão como a própria dinâmica das relações possessórias, a alterações que ampliem, conformem e até mesmo redesensem suas fronteiras e seus interstícios. Este trabalho se desenvolve a partir de uma perspectiva crítica ao discurso tradicional e ideológico do tratamento dogmático emprestado à posse como categoria de direito subjetivo de natureza privada e como produto da tecnologia jurídica da modernidade.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: APROXIMAÇÕES, DISTANCIAMENTOS E REAPROXIMAÇÕES NECESSÁRIAS

Direitos Fundamentais são um produto da modernidade; nascem com o Estado Moderno como mecanismo legitimador da prática do Estado de assegurar direitos como fator limitador de sua própria atuação; configura a tradição inaugurada com o artigo 16, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo a qual toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada e nem separação de poderes determinada não tem constituição.

Lynn Hunt informa que com que partir da queda da Bastilha em 14 de julho de 1789, a Revolução Francesa precisava com urgência de uma declaração oficial de direitos e diferentemente do que acontecera com a Declaração Americana,⁶ cujo rascunho fora redigida por Thomas Jefferson cerca de treze anos depois, a Declaração Francesa passou por uma discussão na Assembleia Nacional.

O resultado final foi a adoção provisória em dezessete de agosto como Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão um documento com dezessete artigos que, atribuindo à nação a soberania, declarava que os direitos naturais do

⁶Este documento não tinha natureza constitucional e apenas quinze anos depois, em 1791, depois de discutido pelo Comitê dos Cinco, composto por Thomas Jefferson, John Adams, Benjamin Franklin e Roger Sherman e oitenta e seis alterações é que o Congresso ratificou o *Bill of Rights*, conforme notícia Lynn Hunt (2009, p. 16)

homem eram não apenas inalienáveis e sagrados, mas também a fundação de todo e qualquer governo.⁷

O termo “Direitos do Homem” empregado na Declaração de 1789 não o aproxima semanticamente do termo “Direitos Humanos” de uso recorrente na contemporaneidade; aquele termo – Direitos do Homem - mesmo quando na obra de Thomas Paine, a quem se atribui o uso da expressão direitos humanos pela primeira vez na obra *The Rights of Man*, de 1891, estava associado aos direitos naturais.

Conforme ensina André Ramos Tavares, a expressão importava na somatória dos direitos naturais titularizados pelo Homem, natural porque o Homem existe e direitos civis porque eles existem em sociedade.⁸

É na Alemanha, entretanto, que o termo - Direitos do Homem - se reconfigura no sentido de significarem as garantias mais elementares de todo ser humano, seja considerado como indivíduo seja ele considerado como elemento integrante de uma comunidade, assentada sobre um território. Representam os Direitos do Homem nessa dimensão aqueles valores que devem não apenas ser respeitados, mas igualmente garantidos pelo Estado, a quem compete assegurá-los por meio da criação de mecanismos de proteção a essas prerrogativas.

A noção de Direitos Humanos, de outro lado, não nasce do mecanismo de normalização do Direito a partir do processo de constitucionalização, mas, como anota Lynn Hunt de um “(...) um conjunto e convicções sobre como são as pessoas e como elas distinguem o certo e o errado no mundo secular (...)”⁹

Essa perspectiva representa no plano das mentalidades uma luta entre o social e o político, com avanços e retrocessos a partir da noção primeira de dignidade da pessoa humana a salvaguardar-se contra as violações e o desprezo recorrente pelo homem.

Se, desde logo é possível identificar as aproximações entre Direitos Fundamentais e Direitos Humanos, a partir da noção de empatia como o motor que aproxima semanticamente os termos, o distanciamento, de outro lado, entre os termos precisa ser compreendido. O desafio é saber em que medida os Direitos Fundamentais, como fatores de limitação do Estado, porque são geneticamente políticos e produto do Estado Liberal e da burguesia, se distanciam dos Direitos Humanos.

⁷ HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, p. 14.

⁸ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p.447.

⁹ HUNT, Lynn. *op. cit.* p.25.

A resposta pode ser encontrada em Karl Marx no ensaio *Sobre a questão judaica* em que o autor aponta para o artificialismo do homem político, a quem a garantia dos direitos fundamentais, buscava apenas assegurar a sua natureza individualista, desarticulando-o da sociedade ao ponto da sua desestruturá-lo. É essa desintegração e segregação do homem que demonstrarão o nascimento dos Estados Totalitários, no século XX, conforme Marcio Morena Pinto.¹⁰

Sobre esse aspecto, Lynn Hunt observa que já em 1789 os franceses haviam afirmado que o desprezo e a negligência dos direitos do homem eram as únicas causas dos males públicos e da corrupção governamental, tanto assim que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 emerge de um quadro de desrespeito e desprezo pelo homem de que resultou atos bárbaros ofensivos à consciência da humanidade.¹¹

A empatia, enquanto sentimento e razão, que fomentou as lutas sociais pelo reconhecimento da dignidade do homem como fundamento da sociedade politicamente organizada, numa escala global, a transcender, portanto, os limites do assentamento territorial e da qual derivou a consciência sobre os Direitos Humanos estabeleceu a reaproximação com os Direitos Fundamentais.

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que não se limitou às garantias dos direitos políticos da Declaração de 1798, teve inicio uma jornada de reconstrução do homem, na busca de transformá-lo de homem abstrato dos séculos XVIII, XIX e XX num homem autêntico, concreto; as muitas gerações de Direitos demonstram o itinerário formativo desse novo homem bem como as reaproximações com a ordem interna dos Estados.¹²

¹⁰ PINTO, Marcio Morena. "A Questão Judaica" e a crítica de Marx à ideologia dos direitos do homem e do cidadão. *Controvérsia* – v.2, n.1, jan-jun 2006, p. 13.

¹¹ *Idem*, p. 205.

¹² As gerações de Direitos Fundamentais permitem observar essa reaproximação da ordem política com o sentimento de humanidade de que derivam os Direitos Humanos: Direitos de 1^a Geração – Os Direitos Individuais: pressupõem a igualdade formal perante a lei e consideram o sujeito abstratamente; Direitos de 2^a Geração – Os Direitos Coletivos: os direitos sociais, nos quais o sujeito de direito é visto como inserido no contexto social, ou seja, analisado em uma situação concreta; Direitos de 3^a Geração - os Direitos dos Povos ou os Direitos de Solidariedade: os direitos transindividuais, também chamados direitos coletivos e difusos, e que basicamente compreendem os direitos do consumidor e os direitos relacionados à questão ecológica; Direitos de 4^a Geração: Os Direitos de Manipulação Genética: relacionam-se à biotecnologia e à bioengenharia, que tratam de questões sobre a vida e a morte e que requerem uma discussão ética prévia. Ver nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer. *Novos pressupostos para a temática de Direitos Humanos*. In: Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015, pp. 13-29.

2. DIREITOS HUMANOS: LUTA E RESISTÊNCIA NO PERCURSO FORMATIVO

A trajetória dos direitos humanos é marcada por uma série de contradições; desde a vitória inaugural dos revolucionários em 1789, passando pela formação dos Estados totalitários até presentemente, os direitos humanos vão se sucedendo em avanços e retrocessos.

Das propostas do Estado Social, de seu ideal e valores solidaristas seguiu-se, como observa Fabio Konder Comparato uma vaga neoliberal que não apenas demonstrou a fragilidade daqueles ideais, mas também implicou numa espécie de retorno ao individualismo ancestral, circunstância que para o autor implicou em “retomar reflexão sobre o fundamento ou a razão de ser dos direitos humanos”.¹³

A questão, nesse ponto, principia, por examinar os Direitos Humanos como razão que justifica e legitima ordem social, cujos valores consignados no preâmbulo assim como nos artigos 1º e 3º, da Constituição da República representam em última análise o princípio ético do Estado Social e Democrático de Direito; para Fabio Konder Comparato essa relação significa reconhecer que a “validade dos direitos humanos se assenta em algo mais profundo e permanente que a ordem estatal”.¹⁴

Os direitos humanos estão, portanto, para além de toda a ordem jurídica tanto quanto das suas estratégias e tecnologias as quais sendo produto da cultura e da ação humana sobre o mundo é no homem e na dignidade da pessoa humana que os direitos humanos assentam sua razão justificadora e os Direitos Humanos lançam a sua pedra angular.

A dignidade da pessoa humana, por conseguinte, serve de vetor para a reflexão acerca do problema que se põe nesse artigo: discutir em que medida a função social da posse se articula com os direitos fundamentais e com os direitos humanos e constitui, como resultado, instrumento de uma ordem jurídica justa, fraterna e solidária destinado a dar efetividade aos direitos humanos.

O Estado Brasileiro estabeleceu a dignidade da pessoa humana como um dos seus fundamentos, mas não o seu fundamento, diversamente do que outros Estados soberanos fizeram como nota Fabio Konder Comparato¹⁵; na Constitui-

¹³ COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Artigo apresentado ao Instituto de Estudos Avançados da USP. Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos. Acesso em 16 de março de 2013.

¹⁴ COMPARATO, Fabio Konder, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵ *Idem*, p. 8.

ção da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana vem estampada no inciso III, do artigo 1º, depois da soberania e da cidadania.

O ser humano é eminentemente histórico, porque se refaz permanentemente pelo recurso à memória e por sua projeção para o futuro; essa refazimento encontra sua razão na socialidade que marca a natureza humana; em outras palavras que apenas quando está entre seu pares é que o homem realiza todas as suas potencialidades, o homem se faz pela alteração mecânica do mundo em que vive e nisso consiste a sua dignidade como aponta Fabio Konder Comparato ao sustentar, de uma perspectiva kantiana, que

a dignidade é um atributo essencial do homem enquanto pessoa, isto é, do homem¹⁶ em sua essência, independentemente das qualificações específicas de sexo, raça, religião, nacionalidade, posição social ou qualquer outra. Disso decorre a lei universal do comportamento humano (...) porque se trata de exigências de comportamento fundadas essencialmente na participação de todos os indivíduos no gênero humano, sem atenção às diferenças concretas de ordem individual, inerentes a cada homem. (...) o fato sobre o qual se funda titularidade dos direitos humanos é, pura e simplesmente, a existência do homem. (...) ¹⁷

Assentada a noção de dignidade da pessoa humana como razão justificadora da ordem jurídica, o direito subjetivo se renova ao mesmo tempo em que se refaz, trazendo para o primeiro plano a dimensão social e mesmo coletiva dos interesses que lhe servem de fundamento.

Opera-se uma transformação estrutural fundamental porque se desloca da periferia para o centro de sua estruturação conceitual a dimensão social, que nesse novo cenário consiste num mecanismo de reinserção do homem na comunidade, aproximando o homem do cidadão que num Estado solidarista não é permitido mais ignorar a miséria do outro, o que impacta qualitativamente no direito objetivo.

Norberto Bobbio observa que mudanças no tecido social implicam no nascimento de novos direitos, o que faz com que o quadro geral normativo, apoiado em tradicionais categorias jurídico-normativas, se amplie, para atender não apenas a fatores econômicos, expresso pelo aumento da tutela de bens, antes excluí-

¹⁶ Para Jacques Maritain "O homem é um indivíduo que se sustenta e se conduz pela inteligência e pela vontade; não existe apenas de maneira física, há nêle uma existência mais rica e mais elevada, que o faz superexistir espiritualmente em conhecimento e amor. É assim de algum modo um todo, e não somente uma parte, é em si mesmo um universo, um microcosmo. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1967. p.16-17.

¹⁷ COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento ...*, p. 19.

dos de proteção, mas particularmente para compreender o homem não como um ser abstrato.¹⁸

Essa ampliação do quadro normativo impõe um novo olhar sobre o homem, que passa a ser percebido e considerado na sua concretude e na sua especificidade; revela-se diante dos olhos o reconhecimento da diversidade de ser do homem que, por sua vez, se reflete nas estruturas sociais; a consequência inafastável dessa pluralidade e dessa diversidade é o remodelamento das categorias jurídicas, que para dar conta dessa modificação substancial exige que elas sejam mais plásticas, moldáveis.

O processo de multiplicação de direitos por especificação se dá, particularmente, na esfera dos direitos sociais¹⁹; eles se inserem no quadro normativo do Estado de Direito a partir do momento em que se aos direitos de liberdade negativa, representada pelos chamados direitos humanos de primeira geração se segue uma nova era de direitos, desta feita de natureza social, tradicionalmente conhecidos como direitos humanos de segunda geração, como se refere Norberto Bobbio²⁰.

A partir desse ponto de mutação, ou seja, a partir da multiplicação dos direitos sociais, passou-se a exigir do Estado uma atuação mais direta, que se estende para além da criação daqueles mecanismos de contra poder das liberdades negativas; criaram-se estruturas e mecanismos que fizeram com que a pessoa humana fosse reconhecida tanto como valor-fonte de todos os valores sociais quanto fundamento da ordem jurídica, como afirma Miguel Reale²¹.

Os Direitos Humanos no seu contraponto com os Direitos Fundamentais são mais do que normas internacionais que vinculam moralmente Estados Soberanos; os Direitos Humanos permitem ao homem, concreto e real, perseverar na sua luta por dignidade, disso resultando a ideia de Direitos Humanos como processo.

Assim, os Direitos Humanos como processo pode ser melhor compreendido quando se tem em vista que eles são um produto cultural e, dessa perspectiva

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.68.

¹⁹ Os direitos sociais tal como ficaram consagrados foram pela primeira vez mencionados na Constituição do México, de 1917 e na Constituição de Weimar, de 1919. No Brasil, esses direitos foram consagrados na Constituição da República de 1934. De acordo com Paulo Bonavides “o constitucionalismo social (...) jamais operou por via eliminatória, cancelando direitos e garantias expressos nas declarações anteriores, mas antes obrou com vistas a conservá-los, modificando-lhes tão somente a índole e o espírito, de tal maneira que os acréscimos de inspiração social se impusessem dominantes.” In: *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra Política, 1988, p. 321.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *op. cit.*, p. 70.

²¹ REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963, p.63.

processual como eles estão inseridos num determinado contexto político, econômico e social. Esse modo de pensar os Direitos Humanos afasta a tradicional afirmação de que haja direitos que todas as pessoas têm pelo simples fato de serem humanas.

Afirma Joaquim Herrera Flores²² tratar os Direitos Humanos como uma essência é insistir no tratamento do Direito como essencialista de que fala François Ewald em *L'Etat providence*, quando a bem da verdade os Direitos Humanos derivam de práticas sociais que constroem as relações sociais, políticas e jurídicas que dão sentido ao sujeito e a forma que ele se insere no mundo. Em outras palavras, para Joaquim Herrera Flores os Direitos Humanos devem ser tomados como:

Los derechos humanos deben ser entendidos como los procesos sociales, económicos, políticos y culturales que, por un lado, configuren materialmente –a través de procesos de reconocimiento y de mediación jurídica– ese acto ético y político maduro y radical de creación de un orden nuevo; y, por otro, la matriz para la constitución de nuevas prácticas sociales (...) y consolidan – desde el “reconocimiento”, la “transferencia de poder” y la “mediación jurídica” – espacios de lucha por la particular concepción de la dignidad humana.²³⁻²⁴

Entre a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 que há uma série de continuadas ações sociais e políticas representativas de lutas históricas que são expressão de resistências contra a violência que o poder, diuturnamente, exerce contra os indivíduos e os coletivos.

Não se trata apenas da violência decorrente do Poder Público, mas também daquela derivada do exercício das categorias de direito subjetivo de natureza privada – contrato, empresa e propriedade, apesar da sua funcionalização e do seu aspecto promocional dado pelo direito objetivo e pela ordem jurídica.

²² FLORES, Joaquim Herrera. Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiónes Conceptuales. In: Direitos humanos e globalização [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015, p. 75.

²³ Em tradução livre: Os Direitos Humanos devem ser entendidos como os processos sociais, econômicos, políticos e culturais que por um lado, configuram materialmente – através de processos de reconhecimentos e de mediação jurídica – esse ato ético e político maduro e radical de criação de uma nova ordem: e, por outro lado, a matriz para a constituição de novas práticas sociais (...) e consolidam – desde o reconhecimento, a transferência do poder e a mediação jurídica – espaços de luta por uma particular concepção de dignidade da pessoa humana.

²⁴ FLORES, Joaquim Herrera. *Op. cit.*, p. 108.

3. POSSE: DE CATEGORIA DE DIREITO PRIVADO A EXPRESSÃO DE DIREITOS HUMANOS

Nessa esteira do que se vem afirmando é preciso não perder a linha de consideração segundo a qual os Direitos Humanos se estendem para além das tradicionais fronteiras entre o público e privado; mostra-se imperioso lançar um novo olhar para o fenômeno social, econômico e político denominado posse bem como sobre a função social que desempenha particularmente quando se tomada desarticuladamente do seu par correlato – a propriedade – e se a examina como possível expressão do direito social de moradia.

Discutir as origens da propriedade assim como a natureza da posse no espaço desse trabalho seria deslocar o problema para a seara da tradicional dogmática jurídica, levando o tema dos Direitos Humanos para um segundo plano, do que decorreria um desnecessário afastamento do olhar da questão primordial.²⁵

Feito o alerta, no cenário contemporâneo dessas duas categorias de direito privado, posse e propriedade não disputam mais um local de primazia, nem tampouco buscam estabelecer novas relações hierárquicas, sequer pretendem redefinir-las, circunstância que outrora justificou o tratamento dogmático desses institutos nos estatutos de direito privado, que subordinaram tradicionalmente a posse à propriedade.

Mesmo que pares correlatos, posse e propriedade são realidades bem distintas cujos pressupostos marcam muito claramente suas fronteiras; em suas relações com a propriedade, a posse busca se firmar e reafirmar como categoria autônoma; nesse movimento de renovação conceitual que se insere o direito a moradia e toda a sua arquitetura jurídico normativa, que se revela pela resistência ao peso da herança romano-germânica e liberal da propriedade e às suas funções econômicas e jurídicas.

A problemática da moradia como direito social e elemento funcional dos Direitos Humanos não é nova, como poderia parecer em razão da sua inserção no artigo 6º da Constituição da República, a partir da edição da Emenda Constitucional de nº 26, de 2000, porque não foi, contudo, apenas nesse momento que a moradia assumiu esse *status* – direito social e passou a ocupar esse *locus* – o texto constitucional.

O direito a moradia ou direito à habitação foi pela primeira vez consagrado na Declaração de Direitos Humanos 1948, no seu artigo XXV, item 1; sendo no-

²⁵ Para um retrospecto sobre as discussões em torno da posse e sua construção dogmática, recomenda-se a leitura do insuperável tratado sobre a posse de José Carlos Moreira Alves: Posse – estudo dogmático. Rio de Janeiro: Forense.

vamente referido na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965, artigo V; foi repisado no Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, no artigo 11 e, posteriormente na Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, no artigo 22, para citar alguns documentos internacionais de Direitos Humanos envolvendo a moradia.

A moradia desde sempre foi compreendida como inerente à dignidade humana e mesmo reconhecida e assegurada como direito social, o desafio no cenário social e político brasileiro foi e, de fato, tem sido superar o aspecto retórico dos Direitos Humanos, tornando-o concreto; dando-lhe eficácia e concretude no plano das práticas sociais e políticas.

É no direito à moradia que se encontra, essencialmente, a função social da posse, particularmente no espaço urbano, historicamente, marcado pela ausência de moradia digna, em razão da atuação dos grandes proprietários a quem coube atuar e dirigir o processo de urbanização, que no seu movimento de expansão levou grande parte da população urbana de baixa ou nenhuma renda para áreas de vulnerabilidade socioambiental.

A negação de acesso à moradia digna às populações de baixa assim como o processo de empobrecimento da classe trabalhadora, de que resultou um novo grupo de cidadãos, categorizados como sem teto e, portanto, sem moradia, representam uma violação aos Direitos Humanos, que segundo Flávia Piovesan se explica em razão “(...) tanto da ausência de forte suporte e intervenção governamental, como da ausência de pressão internacional em favor dessa intervenção”²⁶ a despeito de a Constituição Federal garantir os Direitos Fundamentais e os Direitos Humanos de forma mais ampla possível.

Enquanto o espaço urbano tiver suas funções, fundamentalmente, orientadas para os aspectos econômicos, a moradia para os não proprietários encontra obstáculo para sua materialização, disso resultando que a simples referência constitucional à função social se mostra insuficiente para o cumprimento da promessa de redução das desigualdades e para a construção de uma sociedade justa, fraterna e solidária e a posse, por sua vez, não exercerá a função a que ontologicamente se destina.²⁷

²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 1997, São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 200.

²⁷ É no espaço urbano que se realiza o direito à cidade, compreendido como “o usufruto equitativo das cidades dentro dos princípios da sustentabilidade e da justiça social. Entendido como o direito coletivo dos habitantes das cidades em especial dos grupos vulneráveis e desfavorecidos, que se conferem legitimidade de ação e de organização, baseado nos usos e costumes, com o objetivo de alcançar o pleno exercício do direito a um padrão de vida adequado.” Carta Mundial do Direito

Para que se tenha uma noção da dimensão da questão, segundo o estudo do IPEA:

apesar dos avanços obtidos, o grau de alcance do direito à moradia (...) é bastante desigual (...). A população negra (pretos e pardos), os pobres (renda domiciliar *per capita* até ½ salário mínimo), as crianças (pessoas com até 12 anos de idade) os moradores de assentamentos informais apresentam piores condições de moradia do que a média da população brasileira. Para dar uma ideia da dimensão das desigualdades raciais (...) enquanto o grau de adequação das condições de moradia entre a população branca é de 70,7%, entre os pretos e pardos é somente 48,2%. (...) “ainda existe no país uma vasta gama de necessidades habitacionais não satisfeitas, configurando violações do direito à moradia, que incidem, sobretudo, nas camadas mais pobres da população. Nas áreas urbanas brasileiras ainda há 59,7 milhões de brasileiros que convivem com pelo menos um tipo de inadequação habitacional.²⁸

A questão primordial do direito social à moradia reside, fundamentalmente, no problema possessório. O Brasil apresenta, desde há muito, um crescente déficit habitacional que, em 2011, foi de 5,8 milhões de famílias, número que representa um índice de 9,3% de famílias que não têm onde morar ou vivem em condições inadequadas; em 2012 esse número caiu para 5,7 milhões, o equivalente a 9,1% de déficit relativo.²⁹⁻³⁰

Diante desse quadro, a despeito da existência de alguma Política Pública Habitacional, o fenômeno possessório se reafirma como um mecanismo capaz de concretizar a promessa constitucional de redução das desigualdades e fortalecer a base do Estado Socioambiental e Democrático de Direito com a elevação para o plano das práticas sociais, políticas e judiciais a dignidade da pessoa humana do plano retórico.

Esse movimento de elevação importa em dispensar à posse um tratamento diverso daquele que dogmática jurídica consolidou na sua experiência jurídica; trata-se de um processo de reconfiguração em que ocorre o abandono da perspectiva jurídica formal herdada do direito romano-canônico e a compreensão da posse com um conteúdo que a coloca a serviço da dignidade humana e do cidadão.

à Cidade, disponível em <http://normativos.confea.org.br/downloads/anexo/1108-10.pdf>. Acesso em 4 de abril de 2015.

²⁸ MORAIS, Maria da Piedade. GUIA, George Alex Da. PAULA, Rubem de. *Monitorando o Direito à Moradia no Brasil (1992-2004)*. In: IPEA. *Políticas Sociais acompanhamento e análise*. Brasília, nº 12, fevereiro de 2006, p. 238.

²⁹ PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011.

³⁰ PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 32, 2012.

Os instrumentos desenhados ao tempo do Estado de orientação liberal, cuja centralidade era a defesa do patrimônio não se ajustam ao novo modelo de Estado e nem aos seus fundamentos, quanto mais aos aspectos funcionais de categorias como o contrato, a propriedade, a empresa; assim, ao se lançar os olhos sobre os conflitos possessórios, sejam urbanos sejam rurais, constata-se que eles são coletivos e orientados apenas pela necessidade social e política de concretização daquela promessa constitucional de realização de justiça distributiva mínima.

Essa circunstância – a ação da coletividade na busca da promessa constitucional de dignidade - implica em reconhecer que os atores sociais e políticos envolvidos nesses conflitos são grupos sociais vulneráveis e expostos a constantes e recorrentes situações de risco social; o olhar, ainda que superficial, aponta que esses atores sociais e políticos são mulheres, transgêneros, crianças e idosos e, também, portadores de necessidades especiais.

Moradia digna é aquela que se revela tanto pela garantia de segurança da posse quanto pela presença de instalações e aparelhamento sanitário adequado, que garanta condições de habitabilidade, porque atendida por serviços públicos de abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, energia elétrica, iluminação pública, coleta de lixo, pavimentação e transporte coletivo; trata-se, como vê de um vetor de inclusão sócio-territorial, que garante a construção da cidadania.³¹

A questão, portanto, da funcionalização da posse como mecanismo garantidor do direito à moradia e instrumento de efetivação dos Direitos Humanos está centrada, de um lado, no desenvolvimento de políticas públicas³² voltadas para o problema de habitação especialmente nos grandes centros urbanos com a tomada de medidas sancionatórias previstas na Constituição da República para a reprimenda à propriedade desfuncionalizada.

De outro lado, essa efetivação pode residir na prática judicial democratizada pela adoção de um modelo decisional, pautado pela lógica do razoável e do proporcional o que pressupõe o abandono do dedutivismo formal, que se funda no aspecto artificial da autoridade, construída ficcionalmente pela atuação de políticos profissionais, que desumanizando o direito, despe-o de seu conteúdo.

³¹ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Plano Municipal da Habitação Social da Cidade de São Paulo: 2009-2029*, p. 12.

³² De acordo com Maria Paula Dallari Bucci, "as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados. As políticas, diferentemente das leis, não são gerais e abstratas, mas, ao contrário, são forjadas para a realização de objetivos determinados. In: *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, Pólis, 2001, p.11

As circunstâncias reais e concretas tornam as políticas públicas de direitos humanos e de moradia, primordialmente, uma questão de política partidária e de alianças políticas, dependendo sua concretização de decisão, fundamentalmente, de economia e de recursos financeiros disponíveis, o que torna, de um lado, o discurso constitucional enfraquecido e de outro fortalece a dominação da minoria que controla política e financeiramente o Estado.

Nisso consiste o paradoxo dos direitos fundamentais e dos Direitos Humanos: ao mesmo tempo em que assegurados, porque prometidos constitucionalmente, sua concretização depende de questões políticas e econômicas, que os torna ineficazes de um ponto de vista prático, mas discursivamente tornados eficazes, na medida em que recorrentemente são invocados nas decisões judiciais que pontualmente resolvem o conflito, fazendo com que os grupos perseverem na luta por sua eficácia social.

Num panorama político e social em que os Direitos Humanos assumem a conformação de questão política e sua concretização um problema que se revela não apenas pela carência de políticas públicas mas também pela ausência de soluções habitacionais que permitam atender ao projeto global de redução da pobreza e da desigualdade, ganha expressão significativa a atuação do Estado-juiz com práticas inovadoras que consubstanciem alternativas na solução dos conflitos possessórios orientados pelo direito de moradia digna.

Boaventura de Souza Santos observa que:

(...) 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.³³

A luta e a resistência que se revela na base dos Direitos Humanos tem em vista a essencial natureza indivisível dos Direitos Humanos, expressão importada do campo do direito privado para significar que não é possível fragmentar os diversos aspectos que envolvem o homem em sua relação com seus pares e com a estrutura estatal.

Em outros termos, a impossibilidade dessa fragmentação significa dizer que a violação ao direito de moradia, representa a violação de todos os outros direitos fundamentais assegurados, na medida em que estão todos eles – os direitos

³³SANTOS, 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..* São Paulo: Cortez, 2001, p. 178.

civis e os direitos sociais – para dizer o mínimo - visceral e umbilicalmente vinculados, como, aliás, observa Hector Gross Espiell, para quem:

Só o reconhecimento integral de todos esses direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação.³⁴

A ideia de uma necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito assim quanto à realidade mesma do conteúdo dos direitos humanos, de alguma forma já podia ser decotada da Carta das Nações Unidas; no entanto, essas relações se ampliam e são sistematizadas com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, reafirmando-se categoricamente e em caráter de permanência nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, assim como na Proclamação de Teerã, de 1968 e, também, na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais, de acordo com a Resolução n. 32/130.³⁵

A garantia da posse, portanto, representa a via de acesso à moradia digna, sobretudo nas áreas de vulnerabilidade socioambiental, que são sobretudo áreas de risco quase que permanentes; a garantia da posse é uma das recomendações feitas pela ONU no documento denominado de Recomendação de nº 4, que se refere à segurança jurídica da posse, cabendo ao Estado-Juiz impedir que ocorram os despejos forçados, que representam uma violação ao direito de moradia.

Na esteira dessa recomendação, emerge o Comentário Geral nº 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas segundo o qual os Estados devem assegurar, antes da efetivação de qualquer despejo, particularmente daqueles que envolvem grande número de pessoas, que alternativas viáveis sejam buscadas mediante consulta à população afetada, com o objetivo de evitar ou, pelo menos, minimizar o uso da força.³⁶

³⁴ ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986, p. 16

³⁵ ESPIELL, Hector Gros. *op. cit.* p. 17.

³⁶ Comentário Geral nº 7, sobre o direito a uma habitação condigna (artigo 11.º, nº 1 do Pacto): desalojamentos forçados (adoptado na 16.ª sessão do Comitê, 1997). Disponível em <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/PAGINA2-1-dir-econ.html>. Acesso em 9 de março de 2013.

4. AS OCUPAÇÕES (IR)REGULARES EM ÁREAS DE VULNERABILIDADE SOCIOAMBIENTAL

As ocupações humanas de áreas, de alguma forma, interditadas, não são uma questão social e jurídica própria da contemporaneidade; ao contrário, essa problemática está diretamente relacionada ou à escassez ou má distribuição da habitação urbana, que a partir da intensificação do processo industrialização no século XVIII passou a representar um problema.

Correlato, portanto, à intensificação da industrialização, está a aceleração do desenvolvimento urbano; no Brasil, as cidades se transformaram radicalmente, operando em curto espaço de tempo, uma reestruturação do seu espaço, com a intensificação do processo de ocupação irregular, em que

Nesse processo, a população brasileira passou de cerca dez milhões em 1872, quando ocorreu o primeiro censo para um número próximo a 190.755.799 milhões de pessoas até 2010, quando ocorreu a última contagem da população brasileira.³⁷

O aumento do contingente populacional nas áreas urbanas implicou na produção de um déficit habitacional que deflagrou a intensificação das ocupações irregulares como a única via de o acesso a terra e à habitação de que derivou reflexos no meio ambiente, especialmente pela ocupação de áreas que estariam fora do comércio jurídico.

O processo de urbanização nas metrópoles foi expressão da condição proprietária, isto é, ela resultou da fragmentação do solo urbano como manifestação das tradicionais parcelas de cunho econômico e jurídico do direito de propriedade, com nenhuma ou pouca intervenção do Poder Público; dessa atuação mínima do Estado resultou um ambiente urbano fragmentado e socioambientalmente degradado, tanto do ponto vista natural quanto artificial.

A legislação infraconstitucional reconhece o espaço urbano construído como uma das formas em que se realiza o meio ambiente, segundo se depreende dos artigos 2º e 37, da Lei 10.257, de 2001, os quais cuidam, respectivamente, das diretrizes gerais da política urbana e do estudo de impacto de vizinhança, definindo, ainda, os contornos do direito à cidade sustentável, com destaque para as funções sociais de moradia, trabalho e lazer.

Tomando em linha de consideração o atual modelo de Estado Socioambiental e Democrático de Direito, seus valores e perspectivas, não se legitima, como

³⁷IBGE, disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_sinopse.shtm. Acesso em 3 de abril de 2015.

prática política e jurídica, que a ocupação do solo urbano se opere de forma a segregar os habitantes da cidade, levando a ocupação de espaços impróprios para habitação, como áreas de encostas e de proteção de mananciais num processo de expansão da cidade para a periferia como observa Pedro Jacobi, produzindo uma cidade clandestina.³⁸

É nesta cidade que se estende para além dos seus muros e limites que se assenta o conflito possessório decorrente da ocupação irregular, sobre os quais as decisões judiciais, hegemonicamente, a despeito da reorientação paradigmática da posse, de seu redesenho institucional e de sua crescente funcionalização, ainda se assentam na mentalidade oitocentista, amparadas no apego à forma, à supremacia da propriedade, desenraizando o direito da vida que o fundamenta, de que deriva o esgarçamento do tecido social.

A cidade antes dividida em cidade mapeada pelo Poder Público, visível e a cidade que se ergue, paralelamente, em frontal oposição à legislação urbanística e ambiental, desamparada da tutela do Direito Privado; tende a se reunificar legitimamente na medida em que o direito à moradia se consolida na práxis social como um direito fundamental instrumentalizado a partir da função socioambiental da posse, de que o processo de regularização fundiária se revela um importante instrumento.

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As ações de regularização fundiária estão orientadas a garantir a inserção da área na cidade formal, naquela cidade mapeada pelo Poder Público, em todos os seus aspectos e significados; em outros termos, o processo de regularização fundiária constitui exercício de cidadania que estende para muito além da simples titulação cartorária; não significa, portanto, apenas a titularização de uma situação jurídica de natureza real, trata-se, a bem da verdade, de direito fundamental protegido constitucionalmente.

As ocupações consideradas irregulares para o Poder Público são formas tomadas pelas populações de baixa renda como uma via de regularização da forma de apropriação das terras na cidade, que ocorrendo em desatenção às necessida-

³⁸ JACOBI, Pedro. *Cidade e meio ambiente: percepções e práticas em São Paulo*. São Paulo: Annablume, 2006, pp. 33-36.

des específicas dessa parte da população resultou numa cidade que não observa o direito à moradia digna, como direito fundamental e categoria de direitos humanos e nem realiza e cumpre as suas funções, especialmente ambientais.

De fato, a ocupação do solo urbano revela situações marcadamente precárias, no sentido de inadequadas e irregulares, no sentido de estarem em desconformidade com aquelas categorias formais do Direito Privado e do Direito Urbanístico, aspectos que aumentam a insegurança jurídica dos moradores em relação à posse que exercem sobre o espaço ocupado.

Essa clandestinidade forçada dificulta o acesso desses moradores aos instrumentos e serviços públicos; assim, impossibilitados de arcar com os altos custos impostos pelo mercado imobiliário formal, resta à população de baixa renda tão somente “a possibilidade de inserir-se no espaço da cidade por meio da ocupação irregular de terrenos ociosos - públicos ou privados - que, em grande parte, incluem as áreas ambientalmente frágeis”³⁹

A estratégia empregada para supressão dessa dissonância é o processo de regularização fundiária que não pode ser tido como simplesmente adequar os assentamentos informais ao modelo civil-ambiental de cidade, o que significa dizer que não se trata de apenas formalizar títulos dominiais, com as clássicas atribuições registrárias, bem ao sabor dos oitocentos.

A regularização fundiária dessas áreas demanda um processo de humanização das relações de ocupação do solo e de materialização das funções socioambientais da propriedade, o que significa dizer que esse processo em áreas ambientalmente protegidas não pode ser analisada como um problema pontual; É preciso tomar em consideração as implicações para os ecossistemas.

Assim, partir de um levantamento técnico multidisciplinar, é possível identificar os conflitos existentes e solucioná-los, seja com a manutenção da ocupação com medidas técnicas efetivas de redução dos impactos ambientais e compensações, seja com a recuperação integral da área e recolocação das pessoas, com vistas a conciliar o direito das populações historicamente excluídas que ocuparam áreas de preservação com a manutenção ambiental das áreas de preservação e o direito de propriedade assegurado constitucionalmente.

⁴¹ FUTATA, Rosiane Time Pechutto. *Direito à cidade sustentável: análise à luz dos direitos à moradia e ao meio ambiente*. Monografia (Direito) – Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011, p. 14.

CONCLUSÃO

Assentadas as premissas, delas decorrem as seguintes conclusões parcelares:

i) Os direitos humanos estão a demandar, paradoxalmente, uma ampliação dos poderes do Estado para que ele possa atuar no sentido da sua concretização e da efetividade no quadro do Estado Socioambiental e Democrático de Direito, transformando o discurso em práxis social concreta.

ii) A retomada do valor da pessoa humana e sua dignidade estão não apenas no centro das discussões político-normativas, mas representam o vetor da práxis restauradora desse valor, que é reconfigurado a cada passagem de um momento para outro, num processo de construção de subjetividades.

iii) A constante revisão do modo de o sujeito ver-se no mundo e de inserir-se nele, leva a uma constante reconfiguração social, de que as lutas e as resistências materializam transformações, que representam o enfrentamento dessas mesmas questões sociais, econômicas, políticas e culturais mais do que, propriamente, jurídicas, em termos de efetivação e concretização dos Direitos Humanos.

iv) Os Direitos Humanos devem ser compreendidos como um processo e também como uma arena em que os atores sociais atuam dialeticamente para, na superação de suas contradições, dotar o direito como expressão da cultura e da tecnologia, de instrumentos capazes de dar concretude àquelas promessas constitucionais, particularmente, o direito de moradia, cujo pressuposto fundamental é compreender a posse como um fenômeno social, político e econômico automatizado em relação à propriedade e funcionalizado, com uma dimensão promocional dos valores revelados na ordem constitucional.

v) A funcionalização da posse e a garantia do direito à moradia permitem a um só tempo, nessa moldura que se apresentou nesse trabalho de revisão, que se reduza a opressão e a pressão exercida sobre o tecido social pela situação proprietária e pelo proprietário, suprimindo a violência ao garantir que a população de baixa renda possa experienciar concretamente o significado da dignidade sem a exploração, opressão e alienação, que a recorrente violação dos Direitos Humanos implica.

vi) Não se pode negar a existência de conflito que se estabelece entre esses diversos interesses proprietário-não morador, cuja propriedade é garantida pela ordem constitucional e coletividade-possuidora-não proprietária, cujo direito a uma moradia digna é assegurada também pela ordem constitucional, que não se resolve pela metódica aplicação da subsunção, senão pelo mecanismo da ponderação de valores, que a abre a via da zetética para a solução do conflito.

vii) Essa perspectiva topológica, qual seja, a da aceitação de um direito subjetivo do não-proprietário deve emergir da noção mais elementar de proporcio-

nalidade como aquela que representa o resultado da avaliação entre a restrição de um direito e o atendimento de um fim: a restrição da propriedade privada desfuncionalizada e a garantia de proteção da posse funcionalizada socialmente como categoria de direito social, que realizando a dignidade da pessoa humana e se presta para dar efetividade aos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *História Constitucional do Brasil*. Brasília: Paz e Terra, 1988.
- BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* *Direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo: Pólis, 2001.
- COMPARATO, Fabio Konder. *Fundamento dos Direitos Humanos*. Artigo apresentado ao Instituto de Estudos Avançados da USP. Texto disponível em www.iea.usp.br/artigos. Acesso em 16 de março de 2013.
- ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986
- EWALD, François. *L'Etat providence*. Paris: Grasset, 1986.
- FLORES, Joaquim Herrera. *Los Derechos Humanos en el Contexto de la Globalización: Tres Precisiones Conceptuales*. In: RÚBIO, David Sánchez. FLORES, Joaquín Herrera. CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização* [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1 de março de 2015.
- FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o Direito*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FUTATA, Rosiane Time Pechutto. *Direito à cidade sustentável: análise à luz dos direitos à moradia e ao meio ambiente*. Monografia (Direito) – Faculdade de Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- GIL, Antonio Hernández. *La función social de la posesión*. Madri: Alianza Editorial S.A, 1969.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos Direitos Humanos: uma história*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- JACOBI, Pedro. Cidade e meio ambiente: percepções e práticas em São Paulo: Annablume, 2006.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARITAIN, Jacques. *Os direitos do homem e a lei natural*. Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 1967.
- MORAIS, Maria da Piedade. GUIA, George Alex Da. PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito À Moradia no Brasil (1992-2004). In: IPEA. *Políticas Sociais acompanhamento e análise*. Brasília, nº 12, fevereiro de 2006, p. 230-241.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Plano Municipal da Habitação Social da Cidade de São Paulo: 2009-2029.*

PERLINGIERE, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS. Rio de Janeiro: IBGE, v. 31, 2011.

_____. Rio de Janeiro: IBGE, v. 32, 2012.

PINTO, Marcio Morena. "A Questão Judaica" e a crítica de Marx à ideologia dos direitos do homem e do cidadão. *Controvérsia* – v.2, n.1, jan-jun 2006, pp. 10-16.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963

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..* São Paulo: Cortez, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008

WOLMER, Antonio Carlos. *Novos pressupostos para a temática de Direitos Humanos*. In: *Direitos humanos e globalização* [recurso eletrônico]: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em <http://www.pucrs.br/orgaos/edipucrs/>. Acesso em 1º de março de 2015, pp. 13-29.

A PROTEÇÃO DO TRABALHO HUMANO EM UM MUNDO GLOBALIZADO: A CRIAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

THE PROTECTION OF HUMAN LABOR IN A GLOBALIZED WORLD: THE CREATION OF PUBLIC SPACES FOR THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Lourival José Oliveira

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP.

Professor associado do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL.

Professor e coordenador do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Paranaense.

Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade de Marília.

Submissão em 25.02.2015

Aprovação em 23.06.2015

Resumo: O presente artigo tem como objeto, partindo das mudanças ocorridas no processo de produção e diante do enfraquecimento do Estado Nacional, propor alternativas para a proteção do trabalho humano, também chamado de trabalho digno. A premissa inicial circunscreve-se à constatação que os procedimentos de produção se internacionalizaram. Quer dizer que a produção de determinado bem ou prestação de determinado serviço passou a ter, principalmente a contar da segunda metade do século XX, da participação de várias empresas ou da mesma empresa utilizando-se de várias filiais, cada uma delas localizadas em espaços territoriais diferentes, propiciando assim a utilização de trabalhadores deste ou daquele Estado, na medida em que favoreça a redução dos custos da produção. Consequentemente, a partir da produção compartilhada ou em espaços definidos, obteve-se como resultado principal a precarização do trabalho humano, considerando-se que no plano nacional, diante das políticas liberalizantes, não vem se tornando mais possível ao Estado nacional assegurar as garantias mínimas de proteção ao trabalho. Para enfrentar essa realidade, o presente artigo propõe a construção de novos espaços públicos, com a participação de vários atores internacionais, não mais se circunscrevendo aos entes públicos internacionais existentes, sendo que a proteção ao trabalho humano deverá ser promovida, na condição de direito fundamental, levando-se em conta o contexto global e a multidisciplinariedade de temática. Trata-se do emprego da visão holística, que pressupõe a interdependência, indivisibilidade dos direitos humanos, enquanto pressuposto essencial a fim de equilibrar o desenvolvimento econômico com desenvolvimento social no plano internacional.

Palavras-chave: Globalização; Indivisibilidade dos Direitos Humanos; Trabalho Digno; Transnacionalização da Economia; Proteção ao Trabalho Humano.

Abstract: This article focuses, based on the changes in the production process and before the weakening of the nation state, propose alternatives for the protection of human labor, also called decent work. The initial premise is limited to the finding that the production procedures internationalized. Means that the production of certain goods or provide particular service now has mainly from the second half of the twentieth century, the participation of several companies or the same company using various subsidiaries, each located in territorial spaces different, thus promoting the use of employees of this or that state, in that it promotes the reduction of production costs. Consequently, from the production sharing or defined spaces, was obtained as main result the precariousness of human labor, considering that at the national level, given the liberalizing policies, is not making it possible for the State to ensure national minimum guarantees labor protection. To address this reality, this paper proposes the construction of new public spaces, with the participation of several international actors, no longer confining to existing international public entities, and the protection of human work should be promoted, provided fundamental right, taking into account the global context and the thematic multidisciplinary. It is the job of the holistic view, which assumes the interdependence, indivisibility of human rights as a prerequisite in order to balance economic development with social development internationally.

Keywords: Globalization; Indivisibility of Human Rights, Decent Work; Transnationalization of the Economy, Protection of Human Labor.

Sumário: Introdução. 1. Características dos direitos surgidos das relações do trabalho. 2. O Estado nacional nas relações de trabalho diante da possibilidade da criação de espaços públicos transnacionais. 3. A nova forma de produzir e a solução dos conflitos nas relações de trabalho transnacionalizada. 4. Da necessidade da construção de um padrão internacional de proteção ao trabalho humano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

É sabido que as relações econômicas e comerciais se expandiram no mundo ao ponto de se configurar um compartilhamento de várias empresas, situadas em territórios diferentes, na produção de um mesmo produto ou da mesma prestação de um serviço, onde empresas distintas, em lugares diversos, participam de estágios da produção, sendo que ao final, com o produto acabado ou o serviço prestado na maioria das vezes não é fácil identificar a forma, o procedimento e muito menos o número de empresas que se associaram no processo de produção.

Esse procedimento faz com que trabalhadores de várias nacionalidades se juntem na produção de um mesmo bem ou prestação de certo serviço, ainda que localizados geograficamente em Estados diferentes, na maioria das vezes também de nacionalidades diferentes. Desse processo tem-se uma série de resultados, dentre eles, a dificuldade do trabalhador que esteve envolvido naquele processo de produção, de identificar a quem ele estava produzindo, o que contribui em grande parte para aquilo que se convencionou chamar de individualismo na produção.

Pode-se aqui trazer à baila outras situações que se juntam a essa e que não será alvo de tratamento direto desse artigo, como por exemplo, as transferências constantes de trabalhadores ligados à mesma empresa de uma localidade para outra ou as migrações maciças de trabalhadores, que ocorrem por conta de vários fatores, como a estagnação da possibilidade de sobrevivência do trabalhador em sua localidade de origem ou da formação dos chamados blocos econômicos, que levam à facilitação da movimentação de trabalhadores dentro do mesmo bloco ou ainda das mudanças repentinhas de uma localidade para outra, de investimentos na produção, tornando-se essa última em polo de atração para grande massa de trabalhadores, muitas vezes, nesse caso, produzindo postos de trabalho sem qualquer qualidade.

Enfim, a prestação de trabalho no mundo se transnacionalizou a partir da segunda metade do século XX principalmente. Esse fenômeno ocorreu na mesma proporção e velocidade da transnacionalização do capital, não sendo possível tratar os dois fenômenos separadamente. Ocorre que ao contrário dos estudos e da evolução dos mecanismos de aperfeiçoamento técnico para lidar com essa nova configuração, o mesmo não ocorreu em relação ao trato com as relações de trabalho no que se refere à proteção ao trabalho humano e a construção de procedimentos que fossem compatíveis, na mesma proporção, com os instrumentos construídos pelo capital.

Segundo João Bosco M. Machado, tratando sobre integração produtiva e os seus reflexos:

A integração produtiva deve ser entendida como o desenvolvimento do processo de fragmentação da produção em bases regionais (grupos de países) ou globais, o que pode implicar a criação de uma divisão internacional do trabalho no circuito de uma determinada cadeia produtiva, cuja contrapartida é a consolidação de fluxos comerciais do tipo intra-industrial em que ocorrem importação de partes e componentes, processamento industrial e exportação de componentes mais complexos ou de produtos finais. Há, portanto, circunstâncias em que o processo de outsourcing conduz unicamente à formação de redes locais de fornecedores o que caracterizaria, no contexto da abordagem aqui sugerida, terceirização da produção, sem integração produtiva⁵. É óbvio que a integração produtiva dá lugar a transações comerciais, mas não apenas a isso. Implica, como dito, o estabelecimento entre parceiros de um “compromisso de partilha” de ativos específicos, numa operação que transcende à simples compra e venda de bens e serviços (Coriat et alli, 1994). Por conseguinte, o conceito de integração produtiva aqui sugerido é mais abrangente do que a noção de fragmentação da produção, na medida em que o primeiro engloba a conformação de alianças

ou cooperação entre empresas, o que implica a criação de uma divisão internacional do trabalho no âmbito de uma cadeia produtiva. Este movimento é liderado por grandes empresas em parceira com pequenas e médias empresas (PMEs), gera fluxos de comércio e de investimento entre países e, em geral, é estimulado pela liberalização comercial ou por acordos de integração¹.

Logicamente que nada ocorre por acaso. O não desenvolvimento das organizações sindicais no plano internacional ou a não evolução no plano internacional da proteção ao trabalho humano (não querendo aqui desconsiderar os avanços obtidos pela OIT nas últimas décadas), a não aderência dos Estados a um plano que estabelecesse de fato proteções mínimas para os trabalhadores e o próprio descaso de organizações internacionais, como exemplo a Organização das Nações Unidas, demonstram a crescente privatização que vem ocorrendo dos espaços internacionais.

Vários resultados danosos foram produzidos em virtude desse contexto globalizado, valendo citar o surgimento de novas formas de doenças profissionais ou do trabalho, continuidade em alguns setores da elevação do número de acidentes de trabalho, o uso da mão de obra infantil na produção em várias regiões do planeta, tratamento diferenciado nas relações de trabalho de acordo com o sexo, nacionalidade, etnias, religiões e outras tantas consequências que afrontam os próprios direitos humanos, são exemplos gritantes que comprovam que intencionalmente a proteção ao trabalho humano, dentro do contexto globalizado, não foi visto como importante ou não foi tratado com a valoração que é devida a um direito fundamental.

De forma oposta, a não evolução da proteção ao trabalho humano no plano supranacional, globalizado, foi algo previamente estabelecido para não acontecer, por conta que foi justamente em razão dessa não proteção que se tornou possível criar um sistema que se propôs, através da migração contínua do capital, com investimentos no deslocamento de empresas de uma região para outra, a obter o crescimento na lucratividade, baseado especialmente na redução do custo da mão-de-obra, o que contribuiu para o crescente processo de precarização do trabalho humano.

Dentro desse contexto, o presente artigo propõe fazer um corte e tentar estabelecer um estudo sobre a necessidade da construção de espaços públicos in-

¹ MACHADO, João Bosco M. *Integração Produtiva: referencial analítico, experiência e lições para o Mercosul*, páginas 03 e 04, http://www.eclac.cl/brasil/noticias/noticias/5/35375/Integra%C3%A7%C3%A3oProdutivaJoao_Bosco.pdf

Capturado em 13/01/2014.

ternacionais, para o fim de efetivar a proteção dos direitos decorrentes das relações do trabalho, propor novas formas de prevenção e ou solução de conflitos nas relações de trabalho, assim como identificar pontos de contato entre a proteção do trabalho humano e outros valores que também se caracterizam como Direitos Fundamentais.

Por último, contribuir para a construção de um sistema que possa proteger, ainda que diante de um conflito, o valor trabalho humano, partindo-se da interação e integração dos sistemas nacional e internacional enquanto compondo um conjunto normativo e de ações coletivas e efetivas, a partir da geração de espaços públicos transnacionais e da participação de novos atores internacionais no processo de garantidor dos direitos laborais.

Para tanto, foi adotado aqui o método dedutivo, classificando os direitos surgidos das relações de trabalho como direitos fundamentais, onde a sua proteção importa na própria proteção dos Direitos Humanos.

1. CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SURGIDOS DAS RELAÇÕES DO TRABALHO

A dura questão a ser enfrentada pelo Direito do Trabalho, que se constitui também na principal razão da sua existência, que é o enfrentamento do desequilíbrio entre o valor social trabalho humano e o poder econômico, que pode ser traduzido na equação crescente desenvolvimento do poder econômico sem o correspondente e necessário desenvolvimento social.

No plano da Constituição Federal é fazer com que a ordem econômica esteja realmente fundada na valorização do trabalho humano, considerando aqui o trabalho humano nas suas mais diversas formas de prestação e não apenas o trabalho realizado através de um contrato de emprego, que nada mais é que a colocação em prática da determinação contida no artigo 170 da Constituição Federal.

Nos ensinamentos de Américo Plá Rodrigues, o Direito do Trabalho está fundado em seis princípios, que objetivam produzir a redução da desigualdade entre empregado e empregador, sendo eles: princípio da proteção, da irrenunciabilidade, da continuidade, da primazia da realidade, da continuidade, da razoabilidade e da boa-fé².

Dando sequência ao estudo sobre o mesmo ponto, Godinho Delgado também leciona que o Direito do Trabalho é formado pelo conjunto de nove princípios, citando-os: princípio da proteção, da norma mais favorável, da imperati-

²RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*: LTr, 1978.

vidade da norma trabalhista, da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, da condição mais benéfica, da inalterabilidade contratual lesiva, da intangibilidade salarial, da primazia da realidade e da continuidade da relação de emprego³. A questão principal é como fazer valer esses princípios diante da nova dinâmica hoje existente no tocante à forma de se produzir, levando-se em conta noções de tempo, espaço, técnicas de produção, circulação de mercadorias, redução da intervenção dos Estados nacionais no sistema produtivo, concentração do poder econômico, capital especulativo e outros tantos.

A impressão que se tem, somente a título de provocação, é que a maioria desses princípios foi sistematizada levando-se em conta apenas o plano nacional, partindo-se de um Estado nacional detentor de poder intervintivo e garantidor da segurança mínima para o trabalhador. Ou seja, sem considerar a nova dinâmica construída pelo capital globalizado, que promoveu a reforma quase por completa na forma de produzir ou de realizar o trabalho.

No entanto, não existe outra maneira de começar o estudo que aqui se pretende a não ser fincar pé na conceituação e caracterização dos chamados direitos proveniente do trabalho humano, levando-se em conta o contexto internacional.

O primeiro aspecto a ser estudado é saber se os direitos chamados de direitos trabalhistas ou do trabalho são ou não são direitos fundamentais e por consequência pertencentes ao rol dos Direitos Humanos.

A elucidação desse ponto é de grande e vital importância, considerando que toda a construção se dará sobre aquilo que for estabelecido a partir dessa premissa. Alguns estudiosos do assunto, valendo citar Fábio Siebeneichler de Andrade e Andressa da Cunha Gudde, no mesmo artigo, afirmam que:

Estabelecidas estas premissas, cumpre evidenciar o reconhecimento do status de direitos fundamentais aos direitos dos trabalhadores. Tal constatação é pertinente na medida em que os mesmos, assim como os direitos da personalidade, também estão submetidos a exercícios de ponderação e relativização sempre que estiverem em colisão com outros direitos fundamentais, conforme já visto em item precedente. Contudo, não é apenas a condição de direito fundamental que tais matérias do Direito Privado compartilham; mais do que isso: ambos cumprem importante função social e, por isso mesmo, são fortemente protegidos contra atos de indisponibilidade que lhe reduzam o conteúdo e aplicação. Neste contexto, como e em que bases se opera o exercício de ponderação entre os direitos fundamentais do trabalho e da personalidade quando, no caso concreto, do outro lado esti-

³DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 12 ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 189.

ver o direito fundamental à autonomia privada, são perguntas que a seguir se buscará responder.⁴

O objetivo perseguido pelos autores acima é diferente do que ficou estabelecido para esse artigo. Porém, é importante aproveitar parte dos seus estudos, no sentido de deixar balizado que as relações de trabalho são em síntese relações de direito privado, muito embora não exista por parte do trabalhador a vontade livre de se manifestar sobre querer ou não trabalhar e muito menos, na maioria das vezes, sobre aquilo que quer fazer como trabalho e onde deseja realizar o seu trabalho.

Portanto, a autonomia privada da vontade, que é o âmago de uma relação de direito privado e da própria realização do princípio da dignidade humana (liberdade de autodeterminação), na prática é quase inexistente quando se trata do trabalhador decidir se irá ou não participar de uma relação de trabalho, considerando-se a necessidade de prestação de trabalho para a manutenção da sua vida e da sua família.

Da mesma forma, não existe autonomia de vontade do trabalhador quando se refere a definir os procedimentos ou técnicas que serão empregadas para a realização do seu trabalho.

Contudo, não é razoável, ainda que diante da desigualdade existente entre os sujeitos em uma relação de trabalho, que se subtraia do empregado qualquer possibilidade de manifestação de vontade, em defesa do princípio da irrenunciabilidade ou da condição absoluta dos direitos decorrentes das relações de trabalho serem classificados como Direitos Fundamentais. Principalmente quando a defesa de uma irrenunciabilidade absoluta se apresenta garantida pelo Estado nacional que de fato não tem mais o poder de oferecer qualquer garantia, seja no plano da prevenção ou da solução adequada dos conflitos de interesse laborais.

Tecendo agora comentários sobre um diferente prisma e fazendo um contraponto, dentro das linhas teóricas do neoliberalismo, está sendo construído a relativização daquilo que se chamou de direitos decorrentes da ordem pública, considerando-se a necessidade de preservação da liberdade de vontade, o que deu asas aos processos de flexibilização e ou desregulamentação.

Fazendo um breve comentário, embora a relativização dos direitos de ordem pública tenha contribuído para situações de flexibilização dos direitos originados das relações de trabalho, é certo também que a construção de dogmas

⁴ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUDDE, Andressa da Cunha. *O desenvolvimento dos direitos da personalidade, sua aplicação às relações de trabalho e o exercício da autonomia privada*. Cadernos de Pós Graduação em Direito/UFRGS, volume VIII, número 02, ano 2013, página 15.

no plano nacional, no sentido de inalterabilidade absoluta dos direitos laborais contribui negativamente para a criação de um pacto internacional para a proteção dos mesmos direitos.

Em outras palavras, o absolutismo no sentido de não possibilitar a manifestação de vontade dos trabalhadores pode contribuir para a estagnação no que se refere a construção de um sistema mais efetivo para a proteção dos direitos laborais, considerando que essa mesma proteção está presa ou somente poderá ser exercida diante da existência de um Estado nacional que se apresente em condições de defender esses direitos. Sabe-se que isso não é mais possível, que significa que a linha da irrenunciabilidade dos direitos laborais ou o seu permanente engessamento por se tratar de direitos que compõe a ordem pública não está mais produzindo bons resultados.

Fazendo-se um comparativo de valores, está sendo construído um cenário com vistas à “conviver” com as necessidades impostas pelo novo ambiente de trabalho, que está sendo constituindo em um contexto muito diferente e distante daquele em que foram lapidados os princípios fundamentais do Direito do Trabalho (anteriormente relacionados), que traziam em si a condição de se tornarem estáticos, sob pena de em assim não sendo, corromper-se a própria dignidade humana, realizáveis através de um Estado nacional que detinha em parte o poder de aparentemente torna-los realizáveis.

A questão aqui não é traçar um estudo para se identificar aquilo que pode ser ou não relativizado em se tratando de direitos dos trabalhadores. A questão de início é ter claro que as relativizações estão ocorrendo em vários aspectos da prestação de trabalho, muito embora no plano pátrio ainda sejam compreendidos como direitos absolutos.

Um importante exemplo de relativização no Brasil, são os resultados obtidos a partir das transações que se operam nas audiências na justiça do trabalho, onde o trabalhador acaba sendo coagido por vários motivos a aceitar propostas de acordos com valores ínfimos, em desacordo com aquilo que já se faz provado de forma líquida e certa nos autos a seu favor. A impressão que se tem, no caso da solução dos dissídios individuais do trabalho no Brasil, no foro judicial, é que o magistrado em vários momentos não exerce a tutela jurisdicional garantidora dos direitos indisponíveis. De acordo com o artigo 9º da própria Consolidação das Leis do Trabalho, está o magistrado autorizado, diante da afronta a direitos indisponíveis, negar-se a homologar o acordo que se pretende fazer perante aquele órgão. Porém essa negativa é quase que inexistente, ainda que diante de acordos trabalhistas que se aproximam de valores vis.

É importante transcrever relato feito por Ivan Alemão e José Luiz Soares acerca dos processos de conciliação e os resultados produzidos:

Em 03 de Dezembro de 2008, a companhia de energia elétrica da Paraíba, a Energisa, e os representantes do Sindicato dos Eletricitários da Paraíba (Sindelectric) homologaram acordo para o pagamento de uma dívida trabalhista de R\$ 37,4 milhões, beneficiando cerca de 2000 trabalhadores, pondo fim a um processo que tramitava há mais de quinze anos e que representava a maior dívida trabalhista de uma empresa privada naquele estado. Essa conciliação foi comemorada como a maior já realizada pela Justiça Trabalhista paraibana – e uma das maiores em todo o país – pelo seu elevado valor e importância histórica.

O contexto da conciliação decorreu de uma ação de cumprimento promovida pelo Sindelectric contra a Saelpa (atual Energisa) em razão da empresa não ter cumprido integralmente um dissídio coletivo de 1990 (processo 2092/87). Os primeiros cálculos do dissídio apontavam uma dívida de mais de R\$ 200 milhões, que a Energisa conseguiu diminuir para R\$ 60 milhões através de recurso julgado no TST que determinou o expurgo do Plano Collor dos cálculos. E foi esse valor – ainda não pago, mesmo após anos de processo transitado em julgado – que serviu de referência para a negociação nas audiências de conciliação. Num primeiro momento, a empresa ofereceu aos eletricitários apenas 29% do valor, o que foi considerado como insuficiente pelo sindicato. O acordo foi fechado com a Energisa oferecendo o pagamento de 51% do débito, assumindo ainda o custo dos honorários advocatícios, a contribuição para o sindicato Sindelectric e o FGTS. De acordo com notícias jornalísticas, a proposta foi amplamente discutida no sindicato e aprovada por quase unanimidade, em assembleia da qual participaram mais de 1300 reclamantes. O processo prosseguiu para onze dos 1960 reclamantes, os quais não aceitaram o acordo. Cerca de 160 trabalhadores já haviam morrido desde o início do processo e mais de 1000 não trabalhavam mais pela empresa⁵.

Conclui-se que de um lado os direitos trabalhistas são irrenunciáveis e deve ser evitado outros processos de solução de conflitos de interesse. No entanto, de outro lado, no foro judicial, em processos de conciliação, independente da certeza ou liquidez dos direitos que estão sendo discutidos, aceita-se qualquer forma ou valores de conciliação, independentemente se os direitos postos para ser coercitivamente acordados tenham ou não se incorporado ao patrimônio dos trabalhado-

⁵ ALEMÃO, Ivan; SOARES, José Luiz. *Pressão por conciliação dificulta acesso à justiça*. Conjur – Consultor Jurídico, 25 de novembro de 2009, <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho?imprimir=1>, acessado em 10/01/2014.

res. Sendo assim, qual conclusão deve ser tirada da condição de irrenunciabilidade ou daquilo que se extrai dos princípios de proteção ao trabalho humano?

Ao mesmo tempo, quando se pensa nos direitos provenientes das relações do trabalho como direitos fundamentais, sobreleva as modificações que estão ocorrendo nas maneiras de produzir, decorrentes em parte das novas tecnologias, que em várias situações permitem que o trabalhador fique conectado constantemente ao seu ambiente de trabalho ou leve consigo o próprio ambiente, ou mesmo que produza em várias regiões do planeta, muitas vezes sem a necessidade do deslocamento físico ou ainda que compartilhe da mesma produção com outros trabalhadores, com diferentes condições de trabalho, rentabilidade e por consequência, produzindo diferentes condições de vida.

E por último, as formas arcaicas de solução dos conflitos provenientes do trabalho, que na maioria das vezes vem à reboque no plano coletivo, decorrente de uma grave crise econômica ou no plano individual, com a intervenção do Estado nacional, que não possui mais poder para regular, disciplinar as novas relações e formas de se produzir, mas que ainda mantém o monopólio para a solução jurídica das conflitos surgidos, ainda que na maioria das vezes de forma prejudicial para o trabalhador, considerando que mesmo em procedimentos de acordos judiciais, no plano individual, ainda mantém-se os elementos individualidade e sobreposição do poder econômico.

A questão que se coloca é a seguinte: ainda que se defenda que a maior parte dos direitos provenientes das relações do trabalho sejam absolutos, referido entendimento não está sendo suficiente para impedir resultados danosos aos empregados, o que significa que volta-se mais uma vez para a dura questão onde a irrenunciabilidade está associada a um Estado nacional que não é mais garantidor dos mesmos direitos, como também preso ao tratamento individualizado, desconsiderando-se aquilo que está ocorrendo no plano internacional.

Não obstante, nem por isso, ainda que diante de tantas transformações, pode se pensar nos direitos decorrentes das relações do trabalho como não fazendo parte dos direitos fundamentais ou de concordar, de forma correta, no momento correto, com a limitação parcial da autonomia da vontade do trabalhador. E por conta dessa assertiva é que se torna necessário aperfeiçoar os métodos e técnicas de prevenção e modernização nas formas de solução dos conflitos laborais.

A questão mais importante para o momento não é adotar os princípios fundamentais do Direito do Trabalho como supremos garantidores dos direitos surgidos a partir do trabalho, de forma que a sua realização impeça a adoção de novas práticas, dentro de uma nova dinâmica (transnacional), como por exemplo, acontece com o supremo princípio da irrenunciabilidade.

Também, não é flexibilizar as normas de proteção do trabalho humano ao ponto de desconstituir-las do valor de direitos fundamentais. A questão principal é propor o avanço da proteção, prevenção dos conflitos e solução de conflitos partindo-se da realidadeposta, que compreende novos atores internacionais, um novo Estado nacional, e novas formas de produzir, com o compartilhamento de várias empresas em um mesmo processo de produção, que não é mais localizado ou localizável, requerendo assim um novo comportamento por parte dos agentes envolvidos com a proteção dos Direitos Fundamentais, incluindo-se aqui a proteção do trabalho humano.

O novo contexto social internacional deve ser apreendido e a partir dele deve-se construir condições para a efetivação da proteção dos direitos decorrentes das relações do trabalho.

2. O ESTADO NACIONAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DIANTE DA POSSIBILIDADE DA CRIAÇÃO DE ESPAÇOS PÚBLICOS TRANSNACIONAIS.

O impacto das novas tecnologias nas relações de trabalho é um tema debatido em grande quantidade e profundamente, conforme se verifica na literatura jurídica, econômica, sociológica, e da administração principalmente. Para o mundo do trabalho as novas tecnologias apontam para o aumento da produtividade, redução dos custos, com o objetivo único de alcançar maior competitividade, sem muita preocupação com as condições que estão sendo criadas para o trabalhador.

E quando se fala em competitividade, considerando o mundo globalizado, fala-se em competitividade internacional. Ou seja, o mercado que vai ser disputado é o mundial, razão pela qual as grandes empresas, aqui chamadas de transnacionais, procuram regiões com baixo custo de produção, o que significa menores custos de transportes, menor proteção dos recursos ambientais e mão-de-obra com baixo valor.

Segundo Bresser Pereira:

Agora as empresas multinacionais diversificam geograficamente sua atividade, em âmbito internacional, para maximizar sua taxa de expansão e sua taxa de lucro global. Instalam suas fábricas e escritórios de serviços onde o mercado seja mais favorável onde a mão-de-obra seja mais barata ou onde seja mais fácil obter pessoal técnico e administrativo, ou onde as matérias-primas sejam disponíveis, ou onde as facilidades de financiamento sejam mais favoráveis, e transferem os seus lucros através de diversos sistemas para onde os impostos sejam menores⁶

⁶ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e subdesenvolvimento industrializado*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977, página 239.

Considerando essas variáveis, coloca-se agora em estudo o papel do Estado Nacional, que também é algo evidente. Ou seja, o modelo de Estado Nacional procurado pelas transnacionais é aquele que intervém menos, em especial, na proteção dos chamados direitos sociais. O liberalismo pós-moderno pressupõe quase a inexistência dos Estados Nacionais ou o retorno do Estado Nacional para a sua situação primitiva de apenas um aparente garantidor dos direitos políticos.

É importante neste momento de o estudo destacar as lições de João Bernardo:

A globalização do capital alcançou um estágio superior e converteu-se em transnacionalização. Mais do que a junção de fronteiras, trata-se da passagem por cima das fronteiras. Por isso a terminologia de “companhias multinacionais”, comumente usada deve ser substituída pela de “companhias transnacionais”, que nos indica a especificidade deste tipo de empresas. Elas não juntam nações – passam por cima delas. Para compreendermos as principais implicações deste processo temos de proceder a uma mudança radical de perspectiva. Nós estamos habituados a considerar a economia mundial como um sistema de relações entre países, e é assim que a imprensa apresenta geralmente a questão. Todavia, se adotarmos o ponto de vista das sociedades transnacionais, verificamos que grande parte do comércio que as estatísticas oficiais contabilizam como externo é, na realidade, um comércio interno, constituído por transações entre matrizes e filiais. Esta alternação de perspectivas não ocorre apenas no plano econômico, mas no político também, porque as fronteiras entre países marcam a amplitude da esfera de ação de cada governo, e portanto a amplitude do Estado Restrito, enquanto a divisão entre as companhias transnacionais decorre diretamente do sistema de poder das empresas e, por isso, tem lugar no Estado amplo⁷.

Observa-se a redução de importância do Estado Nacional, que passou a atuar em desigualdade de condições com as empresas chamadas de transnacionais, que acabam acumulando com seus tentáculos espalhados pelo mundo, um poder político maior que o próprio Estado. Também não pode ser perdido de vista os novos atores internacionais, que a cada momento estão surgindo, o que significa que um maior número de entes participantes da vida internacional surgiu e estão sendo construídos a cada momento.

Dentro desse contexto, como trabalhar as formas de proteção e de solução de conflitos trabalhistas, considerando como paradigma o modelo reinante no direito pátrio, que é a solução dos conflitos de interesse através do Estado,

⁷ BERNARDO, João. Transnacionalização do Capital e Fragmentação dos trabalhadores. *Ainda há lugar para os sindicatos?* São Paulo: Boitempo, 2000. p. 39.

também chamado de forma judicial de solução? Como manter as velhas técnicas diante de um ente que não é mais detentor de poder suficiente para regrar nem mesmo as suas relações internas de trabalho, considerando-se mais uma vez, no caso pátrio, o crescimento da informalidade e as demais formas de prestação de trabalho, que ainda não foram devidamente regulamentadas? Ou a queda das fronteiras, quando se trata de espaço para produzir?

A primeira questão que se coloca é quanto à impossibilidade de ser debatida a proteção do trabalho humano separadamente das outras questões que também guardam a mesma importância.

Segundo Jorge Matoso:

Frente à crescente desestruturação sofrida pelo mundo do trabalho e aos problemas econômicos e sociais despertados pelo inicio da Terceira Revolução Industrial ainda realizada sob a modernização conservadora e cuja magnitude e desdobramento são ainda difíceis de discernir em sua totalidade, os trabalhadores e suas organizações sindicais e políticas se encontram na defensiva, sem oferecer alternativas capazes de articular as distintas forças que se opõem a este novo moinho satânico. A ofensiva do capital reestruturado que chama a si a tarefa de dirigir a sociedade capitalista sob as regras exclusivas da concorrência e do mercado auto-regulável em escala internacional, tem dificultado ainda mais a gestação de uma alternativa que aponte para uma nova sociedade capaz de gerar a emancipação crítica do trabalho social e uma nova hegemonia. Sem esta nova hegemonia, que extrapole os trabalhadores e seus tradicionais aliados, que incorpore novos agentes e novos temas sociais, e que conte com outras contradições que se apresentam crescentemente situadas além do local de trabalho e do processo de valorização, os trabalhadores dificilmente conseguirão protagonizar projetos nacionais e internacionais de transformação.⁸

No entanto, essa mesma transnacionalidade do capital ou dos grandes conglomerados industriais acaba produzindo outra situação. Ou seja, crescentes alterações nos sistemas jurídicos nacionais, considerando o próprio reducionismo do Estado Nacional. Agora, como efetivar a proteção dos direitos laborais, considerando-se aquilo que já está acontecendo, no caso, um Estado Nacional que já se faz diminuto, com a desregulamentação crescente das relações de trabalho e o estímulo a processos reducionistas de atuação pública?

Alguns autores já tiveram a oportunidade de estudar esse tema, sendo importante aproveitar aqui algumas citações. Segundo Cruz e Bodnar, *o Estado e o Direito Transnacional poderiam ser propostos a partir de um ou mais espaços pú-*

⁸ MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995. p. 120.

*blicos transnacionais, ou seja, a criação de espaços públicos que possam perpassar estados nacionais*⁹.

É importante deixar claro, examinando o artigo dos autores citados por último, que não se trata de criar um superestado ou uma organização supra estatal. Seria por assim dizer o surgimento de novas instituições que transpussem os espaços nacionais tornando possível formar novos espaços que possibilitassem a discussão e o oferecimento de respostas satisfatórias aos problemas decorrentes de todas as modificações operadas nas relações de trabalho a partir da nova configuração da produção.

Seria um espaço que adotaria práticas de cooperação e de solidariedade internacional, com destaque para temas sociais, em especial presos à construção da dignidade da pessoa humana, onde os Estados nacionais atuariam na condição de participantes, juntamente com outros entes internacionais, construindo uma regulamentação internacional de proteção, que envolvesse não somente a questão do trabalho, como já dito, mas também outras questões ligadas aos direitos fundamentais, que se ligam diretamente à proteção laboral, tornando-os de fato temas públicos da maior valia, de tal maneira que fosse intensificada uma política pública internacional, com ações estatais e de entes não estatais, por assim dizer privados, com poder de pressão internacional.

Dentro dessa visão de criação de espaços públicos com a atuação global, construiria uma força de proteção transnacional, que se sintetizaria em ações conjuntas, cooperadas e ordenadas, deixando de lado entes cuja formação e composição ultrapassada, como é o caso da ONU, deixaria a condição de ente centralizador, detentor do domínio das ações, assumindo o papel de participante, em meio a outros entes participantes.

É interessante neste momento do estudo, demonstrar que a chamada matriz do Estado neoliberal se contrapõe à criação de espaços públicos transnacionais voltados à discussão e a adoção de ações de integração. Isso se deve principalmente ao fato que dentro do neoliberalismo o que impõe é o individualismo exacerbado, que é a forma como as relações de trabalho estão se reorganizando atualmente, considerando os novos métodos e processos de trabalho.

O posicionamento adotado sobre a criação de espaços públicos de discussão vem no sentido contrário ao que hoje acontece. A adoção da existência de outros atores internacionais tem a possibilidade da construção de um coletivo internacional, que juntamente com o Estado nacional, poderão ser capazes de

⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. Direito e Transnacionalidade.** Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs.). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011, página 56.

construir, por assim dizer, um direito transnacional, sem o qual, no caso do tema apresentado, não será possível enfrentar questões como a crescente precarização do trabalho humano.

No plano nacional não se torna mais possível debater a precarização do trabalho humano, que dentro do prisma neoliberal, se vê dominado pela ação da economia sob uma matriz de liberdade de mercado, primando pela liberdade de vontade e de manifestação, que é um dos pontos de toque da própria democracia, que nesse caso se apresenta apenas se utilizando de uma roupagem democrática, mas cujos objetivos são muito diferentes.

Observe a contradição ou o erro existente do desenvolvimento do pensamento neoliberal, ainda que apoiado em elementos importantíssimos que fundamentam a democracia. No caso, a liberdade de vontade enquanto expressão da própria cidadania e a formação de um mercado livre, sem qualquer interferência pública, que se apresenta como sendo capaz de produzir uma espécie de ordem natural social.

É importante destacar, ainda que de forma enfadonha, a matriz do chamado modelo neoliberal, para poder entender que ele não se coaduna com o mundo globalizado, por conta que dentro do individualismo nele imperante resume-se o desmantelamento do Estado nacional. E quanto ao direito, preso ainda a velhos dogmas jurídicos, apresenta-o destacado de outros ramos do conhecimento, fazendo sobre ele sobrepor os interesses econômicos desprovidos da necessidade dos resultados sociais.

Não se quer aqui afirmar que o modelo neoliberal não possua a representação do mundo globalizado. Tanto o representa, que as práticas neoliberais visam reduzir custos nacionais, para o fim de criar condições de competitividade internacional a partir do Estado nacional modificado, ou seja, reduzido. Ocorre que a possibilidade da existência ou construção de espaços públicos transnacionais é inexistente dentro do modelo neoliberal. A transnacionalidade somente ocorre dentro do campo privado traduzido pela palavra competitividade internacional a partir da redução dos custos de produção, que foram conseguidos graças às práticas modernas de se produzir.

Talvez por conta da privatização da transnacionalidade é que se criou a expressão mercado mundial. Segundo Alexandre Moraes da Rosa, o conceito de mercado mundial se deu na década de oitenta e início de noventa, levando-se em conta as seguintes características: criação de órgãos supranacionais, validade das normas internacionais sobre as nacionais, hegemonia do capital financeiro, que trouxeram como resultados, dentre vários, a flexibilização dos direitos trabalhistas e a precarização dos sistemas previdenciários.

O mais importante, segundo o autor, foi a criação de um sentido único de globalização, ou seja, como se fosse algo natural e uniforme para todas as regiões do planeta, produzindo efeitos homogêneos¹⁰.

E esse é o ponto chave da discussão, uma vez que o modelo neoliberal verdadeiramente criou essa premissa. Que a globalização, tratada sobre o prisma econômico apenas, é algo que ocorre da mesma forma em todo o planeta, apegando-se aos resultados por ela produzidos. Caso assim fosse, não haveria tanta desigualdade social e econômica no planeta. Não haveria o alargamento das diferenças entre os países chamados de centrais e os periféricos. Caso não fosse, já deveria estar ocorrendo uma aproximação ou redução das desigualdades econômico sociais no planeta. Porém torna-se evidente que isso não está acontecendo.

Voltando à questão das relações de trabalho e aproximando-se um pouco mais do tema principal do presente artigo, como trabalhar a prevenção e a possível solução dos conflitos de interesse nessas relações, considerando a transnacionalidade que a cada dia mais se intensifica?

3. A NOVA FORMA DE PRODUZIR E A SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO TRANSNACIONALIZADA.

Retomando alguns assuntos já tratados em páginas anteriores e aprofundando um pouco mais, a transnacionalização da economia e, por conseguinte das empresas, seja na produção de bens ou na prestação de serviços, está associada diretamente a adoção e aperfeiçoamento do modelo toyotista de organização do trabalho.

Na verdade, o aperfeiçoamento desse novo processo fez com que as empresas transnacionais localizassem em vários países estabelecimentos responsáveis por cada etapa da produção, formando uma cadeia produtiva, seja para aquisição de bens materiais, matéria prima, ou de bens de serviço, construindo assim uma cadeia logística de produção.

Também, fizeram subcontratações em cada país, de acordo com as vantagens obtidas, levando-se em conta os custos empresariais, em especial aqueles fatores já ditos anteriormente, como valor da mão-de-obra, questões tributárias, proteção ambiental dentre outros. Em síntese, o critério utilizado é o da conveniência econômica para produzir.

As legislações nacionais ainda existentes de proteção ao trabalho humano não conseguem dar conta dessa nova realidade, a que se quer dar o nome de

¹⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. Diálogos com a Law & Economics. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

globalização, considerando não somente a nova logística da produção como também a sazonalidade na produção e a movimentação de trabalhadores de uma região para outra em busca do emprego ou de melhores condições de trabalho.

Segundo Stelzer:

A globalização (ou mundialização) é um processo paradigmático, multi-dimensional, de natureza eminentemente econômico-comercial, que se caracteriza pelo enfraquecimento da soberania dos Estados-nacionais e pela emergência dos novos focos de poder transnacional à luz da intensificação dos movimentos de comércio e da economia, fortemente apoiado no desenvolvimento tecnológico e no barateamento das comunicações e dos meios de transportes, multiplicando-se em rede, de matriz, essencialmente heurística.¹¹

No plano comercial, levando em conta o perfil dessa nova realidade, está se desenvolvendo em largos passos aquilo que se intitulou chamar de arbitragem internacional, considerando a necessidade surgida de um meio de solução de litígio comercial que seja rápido, considerando como objeto direito material disponível, de caráter patrimonial, o que excluiria direitos de estado, questões tributárias, de família, ligados aos direitos da personalidade dentre outros. Questões como, por exemplo, do trabalho, da forma como hoje é apresentada no direito pátrio, considerando a sua característica de indisponibilidade, também não seria tratado pela arbitragem internacional, ressalvando-se o caso de direitos coletivos do trabalho, por força do artigo 114, parágrafo 1º da Constituição Federal.

A Organização Internacional do Trabalho, dentro de um contexto de mobilização pela proteção dos Direitos Humanos em nível internacional tem construído uma linha orientadora para a solução dos conflitos de interesse laborais no plano internacional, fundada nos seguintes elementos: a) promoção do diálogo social; b) auto composição; c) incremento das formas alternativas de solução dos conflitos (que não através do Estado), e; d) desenvolvimento de mecanismos de prevenção dos conflitos.

De imediato já é possível detectar, comparando a linha orientadora da OIT com a construção feita no direito pátrio, que existe um forte incentivo à formas alternativas de solução dos conflitos do trabalho. Conclui-se que no Brasil, a visão egocêntrica do Estado nacional torna-se perceptível, contribuindo para o afunilamento na forma judicial a solução dos conflitos laborais. Observa-se que o paradigma Estado provedor, regulador e solucionador das controvérsias se mantém intacto no Brasil.

¹¹ STELZER, J.O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Org.). Direito e transnacionalidade. Curitiba: Juruá, 2011, páginas 18-19.

Considerando as dificuldades enfrentadas pelos Estados nacionais diante da transnacionalidade, por várias vezes debatidas neste artigo, conclui-se que de forma circular, retoma-se o mesmo problema. Ou seja, a nova logística de produção faz com que as formas locais não deem mais uma resposta satisfatória aos conflitos laborais surgidos dessa realidade globalizada. E, a questão que se coloca é que o desenvolvimento dessas formas de solução da conflitualidade no plano internacional funciona sob o caráter da complementaridade, levando-se em conta que as soluções oferecidas pelo Estado nacional se apresentam em um primeiro plano e a forma internacional em um segundo plano, muitas vezes como se fossem estâncias de solução.

Parece que fica difícil dividir a solução dos conflitos entre instância nacional e global considerando a metamorfose ocorrida no mundo do trabalho, como se fossem sistemas autônomos de poder. Isso porque a lógica da produção não é mais local, ainda que diante de situações em que de forma material a empresa onde o trabalhador esteja vinculado através de uma relação de emprego, não de tenha filial em outros países ou não participe explicitamente de uma rede internacional de produção.

Ainda que seja dessa forma, essa empresa que se apresenta genuinamente nacional, segundo o conceito arcaico de empresa nacional, estará se movimentando no mercado internacional ou sofrendo diretamente a sua interferência.

A questão aqui não é negar ou desvalorizar os sistemas nacionais de proteção e de solução dos conflitos originados nas relações de trabalho. Trata-se de demonstrar que a manutenção ou não dos direitos laborais e por conta disso também a solução dos conflitos do trabalho estão diretamente vinculados à efetividade da proteção dos direitos decorrentes das relações do trabalho. Não se trata de discutir a existência de autonomia ou não da vontade do trabalhador, considerando o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e sim a construção de um espaço onde o tema proteção do trabalho humano, juntamente com outros temas, se apresente no plano internacional, com liberdade de serem debatidos.

E para que essa efetividade ocorra, os direitos laborais locais ou nacionais estão vinculados ou na dependência do envolvimento de atores internacionais, incluindo aqui o Estado nacional na condição de ator internacional. Volta-se a questão da construção de espaços públicos transnacionais, com a participação de vários entes internacionais não estatais capazes de produzir a efetividade como também os procedimentos para a solução dos conflitos transnacionais e locais do trabalho.

Segundo Trubeck, os sistemas internacionais podem ao mesmo tempo assumir um caráter complementar e reforçar os sistemas nacionais, considerando o processo de interação, como se fosse uma retroalimentação, considerando a ligação direta

entre os sistemas, consistindo em um conjunto de estruturas e variadas normas que sustentam práticas nacionais, podendo inclusive substituí-las. Volta a ser afirmado que os objetivos e a estrutura aqui apresentada somente se desenvolvem na medida em que vários atores internacionais possam participar da sua construção¹².

Continuando o estudo, segundo Maria Pessoa Henriques, existe uma importância crucial das empresas transnacionais para a adoção de novas práticas, criticando ao final a baixa eficácia das práticas internacionais por conta da falta do engajamento de outros atores sociais internacionais:

Ainda relativamente à emergência de um espaço mundial nos sistemas de resolução dos conflitos laborais, deve referir-se a crescente importância das empresas transnacionais, cuja influência sobre a conflitualidade laboral se reconhece em mecanismos e instrumentos como a criação de zonas francas, códigos de conduta das multinacionais, políticas de recursos humanos, arbitragem transnacional, subcontratação, deslocalização e criação de regimes internos de boas práticas das multinacionais, indutores de uma competitividade entre as suas várias sucursais. Com elevado potencial emancipatório, mas com reduzida eficácia prática, deve mencionar-se o espaço da comunidade transnacionalizado, o qual através das ONG e do sindicalismo internacional se constitui em mais um elemento associado à dimensão transnacional da resolução dos conflitos laborais¹³.

A proteção aos direitos laborais ainda se apresentam compreendidos no plano nacional, restrito à função do Estado nacional, o que é um grande erro. E, as práticas, no caso do Brasil, para a solução dos conflitos do trabalho são práticas individuais através da solução judicial, quase sempre restrita a aplicação da norma nacional.

Na verdade, este panorama é quase que um padrão, a partir do momento em que o direito laboral é violado quando um preceito legal interno é descumprido, o mesmo ocorrendo com os demais, guardando uma referência nacional, presos ao Estado nacional, por conta que o próprio conceito de cidadania está preso a uma cidadania local, nacional e não internacional e a sua solução encontra-se majoritariamente no plano individual.

E é justamente essas mudanças que precisam ser operadas, deixando o plano local, com o corte em cidadania nacional, passando para o conceito de uma cidadania internacional ou transnacional, deslocando a centralidade do Estado nacional para o plano coletivo internacional. Isso significa adotar para a proteção

¹² Trubek, David M. *Transnationalism in the Regulation of Labour Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks*. Law and Social Inquiry, Vol. 25, nº 4. University of Chicago, 2000, páginas 1187-1209.

¹³ HENRIQUE, Maria Pessoa. *Desafio à Regulamentação Internacional das Relações Laborais: A OIT e o caso português* (dissertação de mestrado). Universidade de Coimbra. Coimbra: 2009, página 47.

dos direitos sociais a mesma evolução que já foi adotada pelo capital, conforme instigado na primeira parte do desenvolvimento deste artigo.

Segundo Maria Pessoa Henriques:

Fenómenos, como: o desemprego, o trabalho precário, o trabalho infantil, a falta de condições de trabalho, a discriminação étnica e sexual, etc.; resultam de uma matriz de combinações entre, por exemplo, o espaço local/nacional e o espaço global, entre os processos de transnacionalização do capital e os sistemas de Direito do Trabalho nacionais, entre as dinâmicas das empresas multinacionais e o desempenho dos Estados nacionais. Daí que redescobrir o trabalho, quer como

categoria analítica, quer como problema social, é fundamental para a efectividade dos direitos humanos do trabalho.¹⁴

É prudente afirmar que o crescimento da legitimidade da OIT frente aos Estados a ela vinculados pode ser um dos elementos mais importantes para a criação dos chamados espaços públicos internacionais de discussão sobre a proteção do trabalho humano. Atualmente, muito embora os países pactuantes da OIT não sejam obrigados a ratificarem as suas Convenções Internacionais, ainda assim, elas servem como parâmetros principiológicos para o início da construção de um sistema integrado de proteção internacional dos direitos fundamentais do trabalho, principalmente levando-se em conta um dos principais objetivos do neoliberalismo, que é a desregulamentação das relações de trabalho no plano nacional.

Acontece que a OIT não é suficiente para implementar sozinha esse grande objetivo. No plano das Convenções Internacionais do Trabalho, concebidas em um primeiro momento sob o aspecto mais educativo, desprovidas de um papel sancionatório, deve se aliar outras questões que se ligam umbilicalmente, como por exemplo, não discriminação étnica e ou religiosa, construção de fontes alternativas de energia, proteção ambiental, mudança dos paradigmas do consumo, produção de empregos verdes, dentre outros temas.

4. DA NECESSIDADE DA CONSTRUÇÃO DE UM PADRÃO INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO AO TRABALHO HUMANO

Retomando alguns pontos importantes desse estudo, tem-se o reducionismo do Estado nacional e a necessidade da adoção de uma leitura global para que se alcance a efetividade da proteção do trabalho humano, incluindo-se aqui tam-

¹⁴ HENRIQUE, Maria Pessoa. Op.cit. páginas 48 e 49.

bém a forma de solução de conflitos do trabalho enquanto fazendo parte dessa mesma proteção.

O ideal a ser alcançado, quando se fala em proteção do trabalho humano, é construir um sistema internacional de garantias mínimas que pudesse ser aplicado de forma global. Ou seja, a construção e efetivação de direitos fundamentais do trabalho, aplicáveis a todos os trabalhadores do mundo. Esse objetivo foi em síntese o que levou à própria criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919.

Para a época de sua criação, não havia mecanismos, tecnologia e práticas empresariais que viabilizassem a construção de um sistema internacional de garantias, salvo talvez naquilo que era conhecido como mundo ocidental. Observe que a globalização não pode ser vista somente enquanto algo destrutivo das condições de trabalho (inclusive essa é a visão que se proliferou), considerando que a evolução tecnológica que a promoveu, dentro de um processo de integrações regionais, foi também o que possibilitou retomar o estudo sobre a necessidade e a possibilidade da construção de padrões de proteção internacionais para o trabalho.

No caso do Brasil, é incontestável que as Convenções Internacionais do Trabalho promoveram a inclusão no ordenamento jurídico interno, através dos processos de ratificação, de vários princípios protetivos do trabalho humano. Mesmo o Brasil não tendo ratificado todas as Convenções, aquelas que ainda não foram recepcionadas não deixam de valer como marcos teóricos para a construção legislativa nacional.

Também, vale citar como exemplo, as chamadas “queixas” (denúncias) junto à OIT contra o Estado Brasileiro, em especial sobre temas como proibição do trabalho infantil, uso desordenado do interdito proibitório (afronta ao princípio da liberdade sindical), contra o trabalho escravo (afronta ao princípio da liberdade e da dignidade), que contribuíram para a adoção de práticas especiais internas representativas no sentido de corrigir a afronta desses direitos fundamentais.

No entanto, no que se refere ao desenvolvimento de outros procedimentos para a solução dos conflitos decorrentes do trabalho, no caso do Brasil, não houve a internalização de novos procedimentos, considerando a rejeição doméstica pelo uso da arbitragem no caso dos conflitos individuais do trabalho e a própria inexistência da utilização do mesmo procedimento para os conflitos coletivos do trabalho, muito embora, no caso dos conflitos coletivos, exista até determinação constitucional para que se aplique a arbitragem (artigo 114, parágrafo 1º da Constituição Federal).

É importante demonstrar, seguindo o desenvolvimento do presente estudo, que para a construção de parâmetros internacionais, incluindo aqui o desenvolvimento de novas formas de solução de conflitos do trabalho, pressupõe não somente a construção de Convenções Internacionais do Trabalho, como por exemplo, Convenções Internacionais do Trabalho nº 98 e 154 da OIT, que no caso específico da solução de conflitos, recomendam o emprego da negociação coletiva como forma de solução, mas também a inclusão do próprio Estado nacional, no caso o Estado brasileiro, em espaços públicos, que juntamente com outras questões ligadas aos direitos fundamentais, construa internamente a base jurídica e política para o desenvolvimento de novos procedimentos para a solução de conflitos laborais como também a prevenção com vista à efetividade dos direitos fundamentais do trabalho.

Essa mesma afirmativa se aplica, levando-se em conta as variáveis existentes e os temas estudados, a outros Estados nacionais. Uma crescente produção internacional em um primeiro momento, fomentada por entes públicos e privados, vinculada a outras questões fundamentais que não somente e diretamente a proteção do trabalho humano, podem formar parâmetros normativos e políticos globais.

Não se trata da relativização dos princípios do Direito do Trabalho e sim a tomada de posição frente aos mesmos princípios, levando-se em conta o contexto global e a multidisciplinaridade temática, evoluindo para a construção de uma proteção unificada em favor dos direitos fundamentais. Em outras palavras, somente através de uma proteção unificada é que se poderá proteger o trabalho humano.

É sabido que o Conselho de Direitos Humanos (iniciou os trabalhos em 2006), órgão subsidiário da Assembleia Geral da ONU, equiparado ao Conselho de Segurança e ao Conselho Econômico e Social, seria talvez o foro mais indicado para a discussão e a elaboração de propostas para a efetivação da proteção dos direitos fundamentais do trabalho.

Não se quer aqui desqualificar o citado Conselho. Acontece que não pode resumir a criação de espaços públicos revisitando órgãos institucionalizados formalmente ao longo do tempo, ao ponto de atribuir a eles a exclusividade para a realização desses valores.

O que se defende nesse estudo é o aproveitamento dos espaços existentes e a criação de outros espaços, até porque a ONU, como já afirmado, não pode continuar a manter o monopólio do processo de realização dos direitos humanos. Inclusive essa é uma das críticas aqui lançada.

Atualmente é possível citar como exemplo de espaço público multidisciplinar o Fórum Econômico Mundial, que entre assuntos como terrorismo, conflitos militares, política nuclear, também foi tratado sobre investimentos privados em países que apresentam um grande índice de pobreza, política fiscal, por se tratar em um grande entrave para investimentos estrangeiros (no caso do Brasil) e reforma social. A própria guerra civil que se instalou na Síria foi tratada como a necessidade da melhoria das condições de vida dos seus cidadãos, passando pela necessidade da geração de empregos¹⁵.

Uma questão que se desponta, ainda tratando das ações da OIT, que está de acordo com a proposta de unificação da defesa dos direitos fundamentais, se deu principalmente a contar de 1990, com a construção do conceito de trabalho digno.

Na conceituação, concentrou-se a necessidade da efetivação dos direitos fundamentais onde através do trabalho ficaram fixados os objetivos a serem alcançados, valendo citar: a realização de um trabalho que possa produzir a auto-estima de quem trabalha, com uma remuneração que permita a proteção social da família, que propicie ao trabalhador a oportunidade de participação em decisões que afetem a sua vida e da coletividade onde está inserido, igualdade de tratamento sem diferenciação de sexo, etnia, linha religiosa ou nacionalidade.

Portanto, comprova-se que o trabalho digno promove a realização dos direitos fundamentais, compreendendo-o no plano globalizado ou transnacional e por consequência no plano nacional.

Para Gosdal, tratando sobre o conceito de dignidade:

Pela utilização que tem sido feita da dignidade e, ao mesmo tempo, pela necessidade de que seja observada nas relações entre os indivíduos, é preciso analisar se é norma, princípio, ou apenas valor fundante dos direitos fundamentais. O esclarecimento acerca da inserção da dignidade como direito fundamental, sem retirá-la do contexto dos direitos humanos, estando vinculada tanto aos tratados e convenções de direito internacional, como ao ordenamento jurídico interno, permite que se passe à consideração da dignidade não apenas como um princípio, de aplicabilidade duvidosa, mas também e, de maneira não excludente, como direito e necessidade¹⁶.

¹⁵ Davos reforça o abismo entre Irã e Israel. <http://www.dw.de/davos-refor%C3%A7a-abismo-entre-ir%C3%A3-e-israel/a-17383770>, capturado em 24.01.2014.

¹⁶ GOSDAL, T. C. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. 2006. 195f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/4675/THEREZA%20CRISTINA20GOSDAL.PDF;jsessionid=->

Tem-se a construção, a partir do trabalho digno, de subsistemas para cada um dos objetivos citados, os quais se apresentam integrados, onde um alimenta o outro dentro do plano internacional, irradiando-se para o plano nacional, sem a existência da sobreposição de sistemas. De forma diferente, compondo um conjunto de direitos e de ações para a efetivação desses direitos, deixando de existir espaços geográficos sem proteção e ao mesmo tempo criando matrizes internacionais de proteção ao trabalho humano levando-se em conta o conjunto dos Direitos Fundamentais.

Para Kátia Arruda:

Uma importante forma de caracterizar um direito como fundamental prende-se a sua contribuição para a dignificação do homem, que se projeta na liberdade individual, no convívio social e em todas as esferas possíveis de alcançar a plenitude do desenvolvimento humano, daí porque os direitos sociais são fundamentais, atingindo também as pessoas na produção e potencialização de sua personalidade¹⁷.

A partir da construção do trabalho digno tem-se também a construção de um meio ambiente do trabalho e de um meio ambiente externo ao trabalho sustentável, ou seja, com promoção ambiental (Direitos Fundamentais de terceira geração), incluindo aqui a redução ou eliminação dos riscos do trabalho e da construção de uma consciência coletiva de proteção. Ao mesmo tempo, surgem os parâmetros liberdade e igualdade como elementos necessários para a construção do trabalho digno.

No que diz respeito à atividade empresarial, associa-se à produção econômica, necessariamente, a promoção conjunta do desenvolvimento social sustentável. A empresa irá compor, juntamente com outros agentes de promoção social, ações sociais internacionalizadas, criando um padrão globalizado de atuação empresarial.

Significa que não importa o local onde a empresa irá produzir. Ela deverá estar focada no cumprimento dos padrões internacionais de produção, não permitindo assim a criação de “ilhas” geográficas onde os direitos laborais não estejam protegidos, independentemente da postura do Estado nacional, por conta que as suas ações são internacionalizadas e não estará sendo tratado apenas o trabalho humano e sim o conjunto dos Direitos Fundamentais, através da ação de vários atores internacionais que não apenas os entes atualmente constituídos.

F7574BEF17D81611DD6688EE7671C2AC?sequence= , página 38, Acessado em 21.03.2012.

¹⁷ ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, página 44.

Em outras palavras, trata-se da visão holística, que pressupõe a interdependência, indivisibilidade dos direitos humanos. Sendo indivisíveis, o seu tratamento também precisa ser indivisíveis, formando uma estrutura, onde o valor de cada direito somente existirá se reforçado pelo valor de outro direito. Isso quer dizer que o trabalho digno somente poderá ser defendido através da adoção de um modelo internacional (global) de defesa desses mesmos direitos humanos, com a participação de uma diversidade de atores internacionais.

Portanto, questões como a flexibilidade ou não flexibilidade, intervenção ou não do Estado nacional nas relações de trabalho, sem retirar a sua importância, acabam se tornando questões secundárias frente à nova forma e procedimentos que devem ser adotados para a efetiva proteção dos direitos laborais.

CONCLUSÃO

O presente artigo partiu do contexto global de produção, considerando as estratégias e ou redefinição da empresa, nominada aqui como empresa transnacional, que levou à geração de um novo procedimento ou estrutura de produção de bens ou prestação de serviços.

Ocorre que a proteção ao trabalho humano, partindo do modelo criado pelo Estado nacional brasileiro, baseia-se ainda na intervenção direta do mesmo Estado nas relações de trabalho, partindo-se de princípios internacionais de proteção que ainda apresentam o Estado nacional como o maior garantidor, sempre se referindo ao plano nacional, muito embora não seja mais possível pensar a proteção laboral no plano local ou nacional, por conta das mudanças no modo de produzir imprimido no contexto internacional, principalmente a contar da segunda metade do século XX.

Diante dessas constatações e considerando a inoperância constante e crescente do Estado nacional, acumulado com o emprego das novas tecnologias para se produzir, lançou-se a seguinte proposição: construir um sistema internacional de proteção dos Direitos Fundamentais, nele incluído os direitos de origem laboral, com a criação de novos espaços públicos internacionais, com a participação do maior número possível de atores internacionais, de forma a não trabalhar a proteção do trabalho humano fora do contesto dos outros valores que constituem os Direitos Fundamentais.

Nesse procedimento, comprehende-se tanto as formas de prevenção como de solução dos conflitos provenientes das relações do trabalho, tomando-a como todas as formas de prestação do trabalho humano. Para tanto, foi apresentada

a necessidade de serem revistos alguns dos chamados princípios universais de proteção do trabalho, sem, contudo, apoiar o relativismo dos mesmos princípios.

Acontece que em muitas situações, a forma absoluta de tratamento, como acontece, por exemplo, no Brasil, com a irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas no plano negocial extrajudicial ou a não adoção de outras formas de solução dos conflitos do trabalho, acabam se somando de maneira negativa a essa tentativa de alterar o centro das discussões. Ou seja, retirar do Estado nacional o monopólio de discussão e proteção dos direitos laborais e propor como substituição o tratamento internacional, com a criação de novos espaços públicos que propiciem os debates e proposições, incluindo-se a proteção do trabalho humano enquanto um valor pertencente a um conjunto de valores, denominados Direitos Fundamentais, revestindo-os de um tratamento sistêmico, com a participação de um maior de atores internacionais, incluindo entes de direito público e privado, com ações coordenadas de proteção a todos estes valores.

A lógica do capital propôs a construção de um mundo sem fronteiras, com múltiplas modulações quando se pensa em formas de produzir e a proteção do trabalho humano somente será efetivada quando essa mesma proteção ganhar também os elementos da transnacionalidade, de forma atemporal, com a interdependência e indivisibilidade do tratamento dos Direitos Fundamentais, criando-se a partir desses marcos, mecanismos efetivos de proteção. O desenvolvimento econômico com desenvolvimento social não se circunscreve mais a ações locais ou nacionais de proteção ou intervenção do Estado nacional.

REFERÊNCIAS

- ALEMÃO, Ivan; SOARES, José Luiz. *Pressão por conciliação dificulta acesso à justiça*. Conjur – Consultor Jurídico, 25 de novembro de 2009, <http://www.conjur.com.br/2009-nov-25/pressao-conciliacao-revela-chicane-acesso-justica-trabalho?imprimir=1>, acessado em 10/01/2014.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; GUARDE, Andressa da Cunha. *O desenvolvimento dos direitos da personalidade, sua aplicação às relações de trabalho e o exercício da autonomia privada*. Cadernos de Pós-Graduação em Direito/UFRGS, volume VIII, número 02, ano 2013, página 15.
- ARRUDA, Kátia Magalhães. *Direito constitucional do trabalho: sua eficácia e o impacto do modelo neoliberal*. São Paulo: LTr, 1998, página 44.
- BERNARDO, João. *Transnacionalização do Capital e Fragmentação dos trabalhadores. Ainda há lugar para os sindicatos?* São Paulo: Boitempo, 2000. p. 39.
- CRUZ. Paulo Márcio; BODNAR. Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do estado e do direito transnacionais. *Direito e Transnacionalidade*. Paulo Márcio Cruz, Joana Stelzer (orgs). 1ed., 2009, 2 reimp., Curitiba: Juruá, 2011, página 56.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*, 12 ed., São Paulo: LTr, 2013, p. 189.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Estado e subdesenvolvimento industrializado*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1977, página 239.

GOSDAL, T. C. *Dignidade do trabalhador: um conceito construído sob o paradigma do trabalho decente e da honra*. 2006. 195f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2006. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/4675/THEREZA%20CRISTINA20GOSDAL.PDF;jsessionid=F7574BEF17D81611DD6688EE7671C2AC?sequence=1>, página 38, Acessado em 21.03.2012.

HENRIQUE, Maria Pessoa. *Desafio à Regulamentação Internacional das Relações Laborais: A OIT e o caso português (dissertação de mestrado)*. Universidade de Coimbra. Coimbra: 2009, página 47.

MACHADO, João Bosco M. *Integração Produtiva: referencial analítico, experiência e lições para o Mercosul*, http://www.eclac.cl/brasil/noticias/noticias/5/35375/Integra%C3%A7%C3%A3oProdutivaJoao_Bosco.pdf, Capturado em 13/01/2014.

MATTOSO, Jorge. *A desordem do trabalho*. São Paulo: Scritta, 1995. p. 120.

MORAIS DA ROSA, Alexandre; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009.

RODRIGUES, Américo Plá. *Princípios do Direito do Trabalho*; LTr, 1978.

STELZER, J. *O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica*. In:

CRUZ, P. M.; STELZER, J. (Org.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2011, páginas 18-19.

TRUBEK, David M. *Transnationalism in the Regulation of Labour Relations: International Regimes and Transnational Advocacy Networks*. Law and Social Inquiry, Vol. 25, nº 4. University of Chicago, 2000, páginas 1187-1209.

A INTERPRETAÇÃO DAS REGRAS DE INCIDÊNCIA E O ACESSO À JUSTIÇA NO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

THE INTERPRETATION OF THE RULES OF IMPLICATION AND ACCESS TO JUSTICE IN THE MICRO OF SPECIAL COURTS CIVIL STATE

Jorge Alberto Silva de Melo
Especialista em Direito Público pela ESMAM,
Escola da Magistratura do Amazonas, Bacharel em Direito pela
Universidade Nilton Lins/AM, Advogado

Valmir César Pozzetti
Professor Adjunto do Mestrado em Direito Ambiental da
Universidade do Estado do Amazonas e
Professor Adjunto do Mestrado em Controladoria da
Universidade Federal do Amazonas;
Mestre em Direito Ambiental e Doutor em
Direito comparado pela Université de Limoges/França.

Submissão em 04.04.2015
Aprovação em 23.06.2015

Resumo: O acesso à justiça é a tônica contemporânea nos diversos ramos do direito. É indubitável a contribuição dos juizados especiais cíveis estaduais, federais e da fazenda pública para o alcance do princípio da inafastabilidade do judiciário. O advento da lei 9.099/95, estruturante do microssistema dos juizados especiais, gerou discussões doutrinárias sobre as regras de incidência da competência dos Juizados Especiais Cíveis, na medida em que prevalece na jurisprudência o critério em razão do valor limitando todas as causas elencadas neste diploma, reduzindo vertiginosamente a abrangência, e por sua vez o acesso, pretendido pelo legislador constitucional, no julgamento das causas de menor complexidade. Nesse panorama, ao apontar a inexistência de limite de valor nas causas previstas nos incisos II e III do art. 3º da lei 9.099/95, notadamente quanto às enumeradas no art. 275, II do CPC, facultou o seu processamento frente aos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, independentemente do valor, como efetivo acesso à justiça. A opção do legislador em estabelecer critérios em razão da matéria e em razão do valor é entendimento recente firmado pelos tribunais brasileiros sem romper com a higidez do microssistema. Independentemente das diversas questões controversas e feições jurisprudenciais acerca das regras de incidência dos juizados especiais

cíveis, o fato é que este microssistema tutela a ampliação de acesso à justiça a grande parcela dos cidadãos a uma ordem jurídica justa. A metodologia de pesquisa utilizada foi a da pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa e revisão de julgados e jurisprudência.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Competência; Microssistema dos Juizados Especiais Cíveis.

Abstract: *Access to justice is the keynote contemporary in the several branches of law. Undoubtedly the contribution of small courts civil state, and federal Public Treasury for the scope of the principle of judicial presence. The advent of the Law 9.099/95, the microsystem structuring of special courts, generated doctrinal discussions about the rules of incidence of the jurisdiction of small claims courts, as it prevails in the case criterion due to the limiting value of all the causes listed in this document, sharply reducing the scope, and in turn the access intended by the constitutional legislator, in the judgment of the causes of low complexity. In this scenario, the point that there is no limit value in cases provided for in sections II and III of art. 3 of the Law 9.099/95, especially as those enumerated in art. 275, II CPC, allowed its processing front of the Small Claims Courts State, regardless of value, as effective access to justice. The choice of the legislature to establish criteria for the subject matter and the monetary value is understanding recently signed by Brazilian courts without breaking with the health of the microsystem. Independently of the various controversial issues and features about the jurisprudence rules incidence of special civil courts, the fact is that this microsystem oversees the expansion of access to justice to large portion of citizens to a fair legal system. The research methodology used was the literature research with a qualitative approach and review of case law and judged.*

Keywords: Access to justice; Competence; Microsystem of the Small Claims Courts.

Sumário: 1. Juizados especiais Cíveis Estaduais. 1.1 Contexto histórico do Microssistema dos Juizados especiais Cíveis. 1.2 princípios informativos dos juizados especiais cíveis. 1.3 Juizados especiais e o acesso à justiça.

INTRODUÇÃO

Durante um longo período de tempo buscou-se codificar os diversos ramos do direito, construindo-se códigos que ocupavam posição central no ordenamento jurídico, a essa época se denominou *era da codificação*. Posteriormente, veio à era da descodificação, cuja tônica é criar diplomas jurídicos que regulem um segmento da vida em sociedade, por isso também conhecida como *era dos estatutos*.

No segmento Processualista, a princípio, a lei 9.099/1995 regulamentaria o mandamento constitucional, previsto no artigo 98, inciso I, de julgamento de causas cíveis de menor complexidade e pequenas causas nos juizados especiais cíveis como lei estruturante de um sistema.

Os Juizados são pela simplicidade, gratuidade, informalidade e celeridade do acesso à justiça contemporânea ao cidadão. E, esses, princípios informativos dos juizados se tornaram uma receita de sucesso que passou a ser estendida à Justiça Federal e mais recentemente à Fazenda Pública, por meio da edição dos diplomas: Lei 10.259/2001 e 12.153/2009, criando uma interação de todas as leis que tratam de Juizados especiais, cada uma em seu segmento, seja estadual,

Federal ou da fazenda pública. A essa estruturação sistêmica se denominou de microssistema dos juizados.

O objetivo deste trabalho é esclarecer à parcela da sociedade, até então afastada do acesso ao Judiciário, seja por sua insuficiência financeira, seja por sua incapacidade técnica, a respeito da possibilidade da resolução de demandas, no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, não só de causas de pequeno valor econômico, mas também as de menor complexidade, independentemente do valor, oferecendo alternativa aos cidadãos quanto ao exercício especial de acesso à Justiça, haja vista a facultatividade do ajuizamento de demandas perante os Juizados Especiais.

1. JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS.

Os Juizados Especiais foram criados com a missão específica de ampliar o acesso à justiça. Estão disciplinados na Constituição da República, artigo 98, inciso I, in verbis:

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;” (grifo nosso)

É um órgão jurisdicional ao qual se sujeitam todas as garantias e direitos fundamentais estatuídos na Carta Republicana de 1988.

De acordo com Watanabe (1985, p. 28), “busca-se, ainda, ampliar o acesso também ao próprio judiciário, buscando-se eliminar da sociedade brasileira a chamada *litigiosidade contida*.”

A intenção do legislador foi permitir que se leve ao Poder Judiciário aquela pretensão que normalmente não seria deduzida em juízo em razão de sua pequena simplicidade ou de seu ínfimo valor.

Isso se dá, principalmente, pela gratuidade do processo em primeiro grau de jurisdição, o que faz com que muitas pessoas demandem, sabendo que nada perderão, ao contrário do que ocorreria na Justiça Comum.

Então, a existência dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais contribui para dedução de demandas simplórias, seja pelo valor, seja pelo assunto de que trata, num processo simplificado capaz de produzir uma sociedade mais justa e próxima dos desfavorecidos patrimonialmente.

1.1. CONTEXTO HISTÓRICO DO MICROSSISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

Aproximadamente no século XIX, com a aprovação do Código Civil Francês, até a virada da década de 1960 para a de 1970, com a aprovação do Código Civil português e do Código de Processo Civil brasileiro, o direito viveu a *era das codificações*, segundo CÂMARA (2012, p.3).

Durante esse período, se codificava os diversos ramos do direito, centralizando todas as regras e regência das relações da sociedade. Após isso, passou-se a uma nova era, que foi chamada de *era da descodificação*, e que contemporaneamente é chamada de *era dos estatutos*. Nesta era, os diplomas legislativos são destinados a regular, de forma completa, não um ramo da ciência jurídica, mas certo segmento da vida em sociedade. Assim, por exemplo, criou-se o estatuto da criança e adolescente, estatuto das cidades e entre outros.

Nesta atual ótica, o Código não é mais o centro do sistema, mas mero depósito de normas comuns, ou seja, regula os institutos jurídicos comuns a todas as situações, aplicando-se, subsidiariamente a todos os estatutos. E isso se dá porque nenhum dos estatutos é capaz de disciplinar a processualística civil em todos os seus aspectos, daí a observância subsidiária daqueles.

As leis: n. 9.099/1995, n. 10.259/2001 e a n. 12.153/2009, compõem um só sistema processual adequado para as “causas cíveis de menor complexidade e de pequenas causas”, por isso é um microssistema, visto que segue princípios e regras próprias, distintos daqueles estabelecidos pelo Código de Processo Civil.

Assim, podemos exemplificar que no microssistema dos juizados é permitida a interposição do recurso extraordinário, porém recorre-se ao Código de Processo Civil para se saber em que prazo deverá ser cabível: quinze dias.

A lei 9.099/1995 silencia-se, apesar de ser estruturante do microssistema, quanto a um diálogo entre essas fontes norteadoras dos juizados para o fim de interação entre essas leis de modo a manter a higidez do procedimento sumaríssimo.

Há influência recíproca entre as três leis que regem os juizados especiais cíveis, pois, a despeito da lei 9.099/1995 não permitir se ventilar recurso contra as decisões interlocutórias, é expressa a permissão na lei dos juizados especiais federais que defere ou indefere as medidas de urgência serem suscetíveis de recurso, descontaminando o microssistema do uso do Mandado de Segurança como sucedâneo recursal naqueles casos.

1.2. PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

O Microssistema processual é regido por princípios informadores de seu procedimento. Porém, sumariamente, é essencial conceber a lição diferenciadora entre regras e princípios.

A abrangência dos princípios são genéricas enquanto que das regras são específicas. O artigo 4º da LINDB (Lei de Introdução às normas de direito brasileiro), assim dispõe:

“Art.4. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

Segundo BOBBIO (1994, p.98), didaticamente, “quando há conflito entre regras é preciso determinar qual delas deve prevalecer, isso porque pode haver conflito entre regra geral ou especial, na qual esta prepondera.”

Porém, podem ser ambas gerais ou especiais, então se observará qual delas é mais recente, visto que a lei posterior revoga a anterior.

Ocorre, também, conflito entre regras com hierarquia distintas (A exemplo de regra constitucional e infraconstitucional) na qual prevalece a regra de hierarquicamente superior. Então, conclui-se que no conflito entre regra e princípio, prevalece este último.

Surgindo, porém, um conflito entre princípios, a solução será ponderar os interesses em conflito, de modo a fazer com que incida, no caso concreto, o princípio capaz de proteger o interesse mais relevante. Portanto, na disciplina dos juizados especiais, quando há conflito entre o princípio do contraditório e o do acesso à justiça, vale dizer, na apreciação de uma medida liminar *inaudita altera parte* pelo Juízo, a deferindo se estará sacrificando o princípio do contraditório para se assegurar o acesso à justiça. A esse processo de ponderação de princípios de igual *status* é o que se denomina de aplicação da proporcionalidade.

O art. 2º da Lei nº 9.099/95 estabelece aqueles princípios que deverão nortear o funcionamento dos Juizados Especiais, assim vejamos sua transcrição:

“Art. 2º. O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.” (Grifo nosso)

Referem-se a critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, a serem utilizados na busca pela autocomposição, todavia são vetores de interpretação da lei.

O Princípio da oralidade é priorizado desde a apresentação do pedido inicial¹⁸ indo até a fase de execução dos julgados e conforme o art. 13, § 3º¹⁹ somente os atos essenciais é que serão registrados por escrito.

Conforme leciona Abreu (2008, p. 213):

“Oralidade, num sentido comum, significa o predomínio da palavra oral nas declarações perante juízes e tribunais. Em contraposição à oralidade há o princípio da escritura (ou procedimento escrito), preponderando a palavra escrita.”

Ressalte-se que a evolução do processo da forma escrita para a forma oral foi muito lenta, sendo uma transformação histórica e conjunta com o Juizado Especial. Nas relações humanas a oralidade revela desconforto em detrimento à segurança jurídica, pois o escrito fica sacramentado e é suscetível de ser provado, diferente da prova oral. Por isso, tão importante ser a oralidade prevista na lei dos juizados especiais.

Por outro lado, urge salientar que os atos processuais acontecem conjuntamente, sob forma escrita e oral, prevalecendo os atos processuais orais no Juizado.

Segundo Abreu (2008, p.214):

“o princípio da oralidade integra muitos outros princípios que o completam. Essa integração faz com que ocorra a caracterização de outros subprincípios, tais como o imediatismo, o da concentração, o da identidade física do juiz e o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias.”

Várias atividades descritas nos artigos da Lei nº 9.099/95 estão apoiadas por este critério. São elas: A outorga de mandato verbal ao advogado; a faculdade de formular-se contestação oral (art. 30)²⁰; a oposição de embargos de declaração (art. 49)²¹ e a solicitação verbal do início da execução de sentença (art. 52, inciso IV)²².

¹⁸ Art. 14, § 3º da Lei 9.099/95: “O pedido oral será reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado, podendo ser utilizado o sistema de fichas ou formulários impressos.”

¹⁹ Art. 13, § 3º da Lei 9.099/95: “Apenas os atos considerados essenciais serão registrados resumidamente, em notas manuscritas, datilografadas, taquigrafadas ou estenotipadas. Os demais atos poderão ser gravados em fita magnética ou equivalente, que será inutilizada após o trânsito em julgado da decisão.”

²⁰ Art. 30, da lei 9.099/95: “A contestação, que será oral ou escrita, conterá toda matéria de defesa, exceto arquição de suspeição ou impedimento do Juiz, que se processará na forma da legislação em vigor.”

²¹ Art. 49, da lei 9.099/95: “Os embargos de declaração serão interpostos por escrito ou oralmente, no prazo de cinco dias, contados da ciência da decisão.”

²² Art. 52, da lei 9.099/95: “A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, aplicando-se, no que couber, o disposto no Código de Processo Civil, com as seguintes alterações: IV - não cumprida voluntariamente a sentença transitada em julgado, e tendo havido solicitação do interessado, que poderá ser verbal, proceder-se-á desde logo à execução, dispensada nova citação.”

Discorrendo acerca do tema, Tostes (2008, p. 21) leciona que:

“a oralidade gera a concentração dos atos, já que tudo o que importa para o julgamento da lide é deduzido e decidido em audiência, visando à preservação da impressão pessoal e memória do Juiz, e a possibilidade do julgamento contemporâneo à ofensa e imediatamente subsequente à instrução.”

A influência do princípio da oralidade no Juizado Especial dá aos procedimentos os contornos e as características de sumaríssimo, que por fazer parte da ideologia do Juizado, tem uma grande influência sobre as partes, principalmente dando-lhes a impressão de que, elas mesmas, irão influenciar no resultado da demanda, atuando diretamente no resgate da imagem do Judiciário perante os litigantes.

No que tange ao Princípio da Simplicidade, Câmara (2012, p.15) “orienta que o processo seja simples, sem a complexidade exigida no rito comum.” Logo, as causas complexas não devem ser apreciadas pelo Juizado, sendo, portanto, matéria de julgamento pela dita justiça comum, por meio do rito ordinário.

A simplicidade foi confirmada no art. 13, caput da nova lei, que preconiza: “Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados”.

Da análise do texto da lei em comento, verificam-se vários exemplos da simplicidade orientada. Um deles, presente no art. 18, II, menciona que pessoas jurídicas podem ser citadas pela simples entrega da correspondência ao encarregado da recepção. Outro, previsto pelo art. 17, parágrafo único do mesmo diploma, determina “havendo pedido contraposto, poderá ser dispensada a contestação formal, utilizando-se os próprios argumentos do pedido inicial como resposta”.

A simplicidade como regra de funcionamento do Juizado Especial, além de inovadora no contexto do sistema processual vigente, representa um desafio aos aplicadores do sistema. Isso porque, no fundo, rompe com o tradicionalismo tão evidente no rito comum.

Um processo simples, em seu procedimento, oferece a mesma justiça que um processo recheado de formalidade e complexidade. E, nesse aspecto, surge a prestação judiciária de forma célere, portanto, mais efetiva.

O Princípio da Informalidade se evidencia na permissão de postular, sem advogado nas causas de até vinte salários mínimos.

Catalan (2003, p. 32) ressalta que:

“O Juizado, ao romper com o formalismo processual, elimina os litígios de modo mais simples e célere. Além disso, por não ser burocratizado e não guardar a mesma formalidade dos outros órgãos do Poder Judiciá-

rio, é mais simpático ao cidadão comum, que deixa de sentir-se intimidado ao entrar nos salões da administração da Justiça."

Neste sentido Tostes (2008, p. 20) informa que "o princípio da informalidade está implícito no princípio da simplicidade, que orienta serem os atos processuais praticados em sede de Juizados Especiais o mais simples possível."

Percebe-se a importância dos princípios, em especial, ao da informalidade confundido com a instrumentalidade, no qual os atos processuais são meios para se alcançar os resultados, ainda que praticados de outra forma, mas em consonância com o estabelecido no art. 2º da Lei nº 9.099/95, a principal finalidade será a solução do litígio:

Art. 2º, da lei 9.099/95: "O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação."

O legislador se preocupou com os resultados alcançados pelo processo nesse novo modelo. Por sua vez, o Princípio da Economia Processual, princípio diretor do microssistema processual dos Juizados Especiais Cíveis, visa à obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais, isto é, consiste em extrair do processo o maior resultado mediante o uso do menor número possível de atos processuais, total eficiência processual. Segundo, Câmara (2012, p. 17):

"O processo deveria se inspirar no ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida. Seria um princípio da gratuidade, e no Juizado Especial, este princípio estaria inserido na economia processual, já que conforme os art. 54²³ e 55²⁴ da Lei nº 9.099/95, desde a propositura da ação até o julgamento pelo juiz singular, em regra, as partes estão dispensadas do pagamento de custas, taxas ou despesas; mas o juiz condenará o vencido ao pagamento das custas e honorários advocatícios no caso de litigância de má-fé."

Por derradeiro, o Princípio da Celeridade, implícito em todos os demais princípios, traduz a essência de ser do Juizado Especial.

Todos os atos praticados dentro deste microssistema jurisdicional têm a função precípua de tornar o Judiciário mais célere e efetivo na busca da solução dos conflitos e, em consequência, da tão almejada justiça.

²³ Art. 54, da lei 9.099/95: "O acesso ao Juizado Especial independe, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas."

²⁴ Art. 55, da lei 9.099/95: "A sentença de primeiro grau não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé. Em segundo grau, o recorrente, vencido, pagará as custas e honorários de advogado, que serão fixados entre dez por cento e vinte por cento do valor de condenação ou, não havendo condenação, do valor corrigido da causa."

Neste sentido Alvim (2004, p. 18), assim ensina:

“[...] celeridade significa que o processo deve ser rápido, devendo terminar no menor tempo possível, por envolver demandas economicamente simples e de nenhuma complexidade jurídica, a fim de permitir ao autor a satisfação quase imediata do seu Direito.”

Celeridade e concentração são, então, características que fundamentam o empenho do legislador em evitar dilações de prazos, com a finalidade de impedir obstrução normal do processo. Dessa maneira, incabíveis são os incidentes que protelem o julgamento, não se permitindo, de qualquer forma, intervenção de terceiros e realizações de exames periciais. Uma vez admitidos esses procedimentos complexos, o sistema do Juizado Especial deixaria de ser especial, pois sofreria todas as etapas burocráticas e complexas do rito ordinário.

Urge destacar como de vital importância a aplicação desses princípios basilares do Juizado Especial. Sua observância, pelo julgador, contribuirá, de forma decisiva, para a obtenção dos resultados almejados quando da criação do novo sistema.

1.3. JUIZADOS ESPECIAIS E O ACESSO À JUSTIÇA

A sociedade, embalada pela velocidade com que a informação se propaga, anseia por um Judiciário mais célere, capaz de responder, a contento, a demanda que lhe é apresentada.

Traduzem-se direitos fundamentais descritos no artigo 5º, inciso LXXIV e LXXVIII, na Constituição da República do Brasil, o acesso à justiça e o princípio da razoável duração do processo:

“art. 5º. (...) omissis

LXXIV - o Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

(...) omissis

LXXVIII- a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Nesse cenário, em que a ideia de instrumentalidade e efetividade são tópicas correntes ao processo contemporâneo, o advento dos Juizados Especiais reveste-se de singular importância na busca por uma justiça mais célere, menos burocrática e, consequentemente mais acessível.

Elemento que ganha grande discussão nos últimos anos, o acesso à justiça é tema envolto em relativa amplitude conceitual.

Sua evolução vem acompanhando o desenvolvimento político e social juntamente com a ideia de cidadania.

Neste sentido, Hess (2004, p. 85), disserta:

“O conceito de acesso à justiça é universal. Desenvolveu-se no campo da ciência do Direito pela análise dos conflitos surgidos de sociedades complexas, com a introdução de instrumentos legais direcionados a atenuar a desigualdade socioeconômica, com a intervenção do Estado do bem-estar social.”

Já Cappelletti, (1998, p. 08) assim se posiciona:

“A expressão *Acesso à Justiça* é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus Direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos.”

Avaliando-se a evolução desse conceito, depara-se com duas realidades: Uma tem características informais, ligada ao próprio cidadão que, à sua maneira, busca a solução de seus litígios; A outra, com verniz de formalidade, tem a ver com o Estado, com seu poder jurisdicional, disponibilizando à população mecanismos específicos para lhes fomentar o acesso à justiça propriamente dito e, consequentemente, a paz social.

Seguindo essa linha doutrinária, Bezerra (2001, p. 120), assim exterioriza:

“No sentido de Direito inerente à natureza humana o acesso à justiça é um Direito Natural. No sentido de garantia desse acesso, legitimamente efetivado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional, é um Direito Fundamental. Nesse sentido é que se afirma dever o Processo ser manipulado de modo a propiciar às partes acesso à justiça. A doutrina brasileira atual tem chamado a esse fenômeno de acesso à ordem jurídica justa.”

De acordo com Hess (2004, p. 01),

“acesso à justiça é a expressão de valores que estão relacionados diretamente a um Direito Fundamental do homem em buscar a Justiça, buscar soluções para seus conflitos individuais ou coletivos. Devem esses valores ter como base normas de conduta ética, harmonizadas com as leis que regem e protegem a sociedade e o Estado.”

Este é, sobremaneira, um dos conceitos mais completos do que vem a ser acesso à justiça, pois, ao transmitir o seu caráter subjetivo, aborda valores de cada cidadão.

Quando se fala em acesso à justiça é normal que se imagine o acesso aos Tribunais, aos processos, na busca de se fazer valer os direitos.

Nesse intento, a busca pelo Judiciário é constantemente relacionada como sendo a via de acesso à justiça.

O acesso ao Judiciário constitui, de fato, apenas um dos requisitos elementares para a efetivação do acesso à justiça, portanto não se restringe ao acesso à ordem judiciária, mas a uma ordem de valores mais ampla, que é a realização do Direito com Justiça, dentro do ordenamento legal.

Dissertando sobre acesso à justiça e acesso ao Judiciário, Rodrigues (1994, p. 28) ensina que:

“com a variedade de conceitos atribuídos pela doutrina, dois são fundamentais: o primeiro, onde é atribuído ao Acesso à Justiça o mesmo significado de acesso ao Judiciário; e o segundo, que transmite uma visão axiológica da expressão Justiça, como sendo o acesso a valores e Direitos Fundamentais para o ser humano. Os conceitos se completam, sendo que, o acesso ao judiciário facilitado e sem burocracia, permite além de um Acesso à Justiça, também um judiciário justo com equidade de tratamento entre as partes.

Alguns dos principais problemas que cercam a temática de acesso à justiça é o desconhecimento do direito, a dificuldade no custeio das despesas necessárias ao litígio e a lentidão do processo.

Para que o cidadão possa usufruir da garantia de fazer valer seus direitos perante os tribunais, é fundamental que conheça a lei e o limite de seus direitos.

Sobre o tema, oportuna é a visão de Mazzili (1995, p. 38), afirmando: “Entretanto, a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais.”

A demora na prestação jurisdicional é outro obstáculo ao acesso à justiça. Isso sem mencionar que a própria inércia da máquina judicial já configura uma forma de injustiça.

Sobre tal questão, Watanabe (1985, p. 28) adverte que:

“A problemática do Acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o Acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.”

No mesmo sentido é o entendimento de Rodrigues (1994, p. 29):

“quando os direitos de acesso ao Judiciário são desrespeitados, a cidadania é castrada, tornando-se impotente, pois, é através dos instrumen-

tos paraestatais ou privados que se busca solucionar os conflitos que surgem no decorrer dos dias. Objetivando promover a harmonização da sociedade, cabe ao Estado, como instituição política, colocar tais recursos à disposição do cidadão que busca a reparação de um direito lesado ou um direito que julga ter.”

Aparentemente esta é uma visão processualista do acesso à justiça, mas não se pode esquecer que os instrumentos legais dos quais se dispõe na busca por direitos estão inseridos no Judiciário, visto que não é legal o uso da autotutela, ou seja, fazer justiça com as próprias mãos.

Em consonância com este entendimento, Dinamarco (2000, p. 283) preceitua que:

“o acesso à justiça é, mais visão do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter.”

Nessa visão instrumentalista, quem não buscar seus direitos utilizando-se do processo, dificilmente os terão restabelecidos ou respeitados. Quem não vier, ou não puder vir em juízo, acabará renunciando a um direito que julgava ter e não terá acesso a uma ordem jurídica justa, por falta dos meios necessários.

1.4. O CARÁTER FACULTATIVO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

A lei estruturante dos juizados é totalmente omissa sobre ser opcional ou obrigatório ao autor a sua competência.

Por força desse silêncio normativo, parcela minoritária da doutrina manifestou-se favorável a obrigatoriedade dos juizados nas causas em que se elencava sua competência, ou seja, não se poderia buscar solução da demanda na justiça comum.

É pacífico o entendimento, atual, de que os juizados especiais são competentes por opção do demandante, e são basicamente dois argumentos que levam a essa conclusão.

O primeiro argumento é o de que a obrigatoriedade do ajuizamento das ações no âmbito dos juizados seria constitucional por violar garantias constitucionais do processo, como o devido processo legal e contraditório.

Segundo Câmara (2012, p.21), exemplificando este argumento:

“a partir da regra de que as decisões de mérito transitadas em julgado, não se sujeitam a ação rescisória. Suponha-se, um acórdão, proferido por uma

turma recursal na qual um dos integrantes e prolator do voto vencedor no julgamento cometera crime de corrupção passiva atinente a este processo, ou seja recebeu dinheiro para proferir um voto vantajoso a parte. Então, essa decisão não é rescindível, inobstante emanada por juiz corrupto."

Pela obrigatoriedade de manejo dos juizados tal decisão não poderia ser ferida na esfera cível, apenas nas esferas administrativa e penal, o que é inconcebível diante do prisma constitucional atual.

O segundo argumento é o de que por razões de política legislativa foi criado um tipo de tutela diferenciada nos juizados.

Na mesma esteira, Câmara (2012, p.22), explica:

"O legislador quando pensou em como conceder a tutela jurisdicional, observou o direito material enxergando algumas peculiaridades das quais precisavam ser regidas de forma diferenciada, como no caso dos procedimentos especiais de "ação de demarcação de terras e ação de divisão de terras", fugindo do padrão processual estabelecido na parte geral do Código de Processo Civil. Nesses casos, a utilização de outro procedimento é via inadequada para prestação da jurisdição. Penso, também, que há casos em que o procedimento diferenciado é capaz de se justificar por razões político, como já dito, embora pudesse ser tratados pela via ordinária, mas pareceu-lhe ser a prestação jurisdicional mais rápida e eficaz, em função do princípio da razoável duração do processo, se estabelecido mecanismo diferenciado."

Assim, a escolha da via adequada para solução de conflito, por razões de direito material, comporta única solução, enquanto que, se feita por razões de política, a tutela poderia ser prestada por duas vias, ordinária ou diferenciada, se encontrando, a última, à disposição no sistema, por isso facultativa ao demandante.

Então, foi exatamente essa a vontade legislativa, visto que é indubitável a opção de se cobrar uma dívida, ainda que de pequeno valor na justiça comum, se traduzindo o caráter facultativo dos juizados, sem vedação aquela.

2. REGRAS DE INCIDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS ESTADUAIS

O legislador constituinte estabeleceu um mandamento para criação dos juizados especiais cíveis e no mesmo ato disciplinou a sua atuação e alcance.

A Constituição Federal de 1988 faz menção em seu artigo 24, inciso X, aos *juizados de pequenas causas*, e no artigo 98, inciso I, aos *juizados especiais cí-*

veis. Então, surgiu a polêmica: seriam dois órgãos jurisdicionais diferentes? Hoje, claramente se vê que não, mas à época da edição da Carta Magna, houve quem dissesse teriam de ser criados os juizados especiais cíveis, com competência para causas de qualquer valor que tivessem menor complexidade, e, paralelamente os juizados de pequenas causas continuaria atuante.

É intuitivo que o valor da causa não diz respeito a sua complexidade, são duas situações opostas, embora por opção legislativa tenham sido instituídos os juizados especiais cíveis é inerente a sua competência para as causas de pequeno valor.

Essa visão é simplista, mas de suma importância para se entender o critério definidor de sua competência, pois o legislador não distinguiu ambas.

É preciso fazer esta distinção, pois há dispositivos da lei 9.099/1995 que se aplicam apenas às pequenas causas, e outros as causas de qualquer valor, porém de menor complexidade. Vejamos a seguir o esclarecimento deste assunto.

2.1. REGRA DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, CRITÉRIO VALORATIVO

Ao se estabelecer um valor máximo para deduzir pretensões fixa-se a regra de incidência relativa ao valor, denominadas pequenas causas.

São pequenas causas àquela enumeradas no artigo 3º da lei n. 9.099/1995, precisamente arroladas nos incisos I e IV, relativas a valor que não ultrapasse quarenta salários mínimos²⁵ e nas demandas possessórias relativas a imóveis cujo valor não ultrapasse esse mesmo montante.

Claramente, o legislador optou por um critério valorativo de competência, mas ressalte-se que não descreveu na própria lei o que seria valor da causa, isso porque tal conceito é interpretado do Código de Processo Civil, subsidiariamente, como fonte do sistema processual que é. Valor da causa é a quantia econômica patrimonialmente pretendida pelo demandante por meio do processo.

Assim, não ultrapassado o valor descrito, fixou-se a competência dos juizados de pequenas causas, reforçando a ideia de que está inserido no âmbito dos juizados especiais cíveis.

Há quem defende, ainda que minoritariamente, ter o legislador feito uma confusão ao delimitar “ações possessórias ao valor de quarenta salários mínimos”,

²⁵ Em 2013, o valor do salário mínimo é de R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais), porém a projeção do governo para o ano de 2014 é que alcance o patamar de R\$ 719,00 (setecentos e dezenove reais).

pois o critério seria mesclado, valor e matéria. Infértil essa corrente, porque da simplória leitura se vê a subordinação ao valor como critério preponderante.

Após a edição da lei 9.099/1995, foram editadas as leis 10259/2001 e 12153/2009, com o intuito de criar um conceito uniforme do que seria pequena causa; porém, ao fixar tal limite, estabeleceu uma alçada de sessenta salários mínimos. Esse fato só reforça a tese de microssistema, pois necessária uma harmonização tendo em vista a discrepância valorativa presente, merecendo necessariamente uma equiparação da lei 9.099/1995 às demais, por meio de alteração legislativa.

Inusitada situação se faz presente ao analisar este critério, pois existem bens da vida sem conteúdo patrimonial determinável. E a elas podem ser atribuídos qualquer valor por livre arbítrio do proponente da demanda. É o caso da demanda meramente declaratória de autenticidade de documento, pois não encontra barreira legislativa se lhe for atribuída valor inferior a quarenta salários mínimos. Vejamos a regra de incidência em razão da matéria.

A) REGRA DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS, CRITÉRIO MATERIAL

É dita causa de menor complexidade, aquelas cujo valor não é dado importância, mas à matéria a ser deduzida e discutida no processo; por isso é que se diz ter o legislador adotado o critério material ou qualitativo para fixação de competência.

As causas desenhadas no artigo 3º, II e III, da Lei 9.099/1995 são:

“Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

I - omissis;

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;

III - a ação de despejo para uso próprio;”

E as causas enumeradas em rol exemplificativo no artigo 275, II, do CPC são:

“Art. 275. Observar-se-á o procedimento sumário:

I - omissis

II - nas causas, qualquer que seja o valor:

a) de arrendamento rural e de parceria agrícola;

b) de cobrança ao condômino de quaisquer quantias devidas ao condomínio;

c) de resarcimento por danos em prédio urbano ou rústico;

d) de resarcimento por danos causados em acidente de veículo de via terrestre;

- e) de cobrança de seguro, relativamente aos danos causados em acidente de veículo, ressalvados os casos de processo de execução;
- f) de cobrança de honorários dos profissionais liberais, ressalvado o disposto em legislação especial;
- g) (...) omissis
- h) nos demais casos previstos em lei."

É aceitável um alargamento da interpretação deste dispositivo para além da sua área de atuação, nas hipóteses de "ação de despejo para retomada do imóvel para ascendente, descendente, cônjuge ou companheiro" e ainda ser possível a cobrança de valores desde que cumulada com o despejo para uso próprio.

São intrigantes tais possibilidades, pois a lei n 8.245/91, já previa as causas consideradas de menor complexidade, como se houvesse uma concreta inclinação do legislador a inaugurar o microssistema dos juizados especiais cíveis, antes de entrar em vigor. Vejamos a redação do artigo 80:

Art. 80. Para os fins do inciso I do art. 98 da Constituição Federal, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade.

A grande celeuma sobre o tema surgiu pelo fato do legislador se valer de dois critérios distintos para fixar quais as causas poderiam ser processadas e julgadas nesse microssistema, quais sejam, o critério quantitativo e o valorativo, que correspondem respectivamente ao valor e a matéria.

Nessa linha, surgiu a polêmica sobre ser o conteúdo do inciso II do artigo 3º da Lei 9.099/95, que remete as causas enumeradas no art. 275 do CPC, delimitado pelo valor de quarenta salários mínimos quando processado perante os Juizados Especiais Cíveis ou não, in verbis:

"Art. 3º (...) omissis
II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil."

A partir desse cenário surgiram posicionamentos doutrinários no sentido de se afastar a limitação valorativa para as causas previstas no inciso II do Artigo 275 do CPC, sob o argumento de que a própria redação do inciso mencionado diz expressamente "nas causas, qualquer que seja o valor", o que, a toda evidência, caracteriza a intenção do legislador de restringir a incidência de limite valorativo para tais causas e ampliar o limite qualitativo.

Nesse sentir, Salomão (1999, p. 33), preceitua que:

"nas hipóteses previstas no inciso II do art. 275 do CPC, não há que se falar em limite de valor para causa, pois, quando o legislador desejou estabelecer um teto, fê-lo expressamente (artigo 3º, inciso I e IV da lei

9.099/95). Ainda, esclarece que o Código de Processo Civil atribui ao rito sumário para a causa, ora em razão do valor (inciso I do Artigo 275 do CPC), ora tendo em conta a matéria (inciso II). E ninguém sustenta que o inciso II do artigo 275 se subordina ao inciso I, pelo simples fato de que um inciso não pode se subordinar a outro igual, com base na redação da Lei especial n.º 9.099/95, artigo 3º, inciso I, que os Juizados Especiais tem competência para o processo e julgamento das questões referentes às causas cujo valor não exceda quarenta vezes o salário mínimo no âmbito dos Estados e Distrito Federal.” (grifo nosso)

Da mesma forma, Tourinho Neto (2009, p.92), preleciona que:

“a verdade é que não estamos diante de mera questão de opção de procedimentos, mas, sobretudo, de escolha entre justiças diferenciadas, qualitativa e quantitativamente, seja no plano ontológico ou axiológico. Aliás, a tendência do processo civil moderno é permitir ao sujeito interessado utilizar-se dos mecanismos da Justiça pela forma que mais lhe convém para obter a satisfação de suas pretensões, tendo em vista que as diversificações procedimentais colocadas à sua disposição podem oferecer-lhe, dependendo da situação em concreto, vantagem e/ou desvantagens.”

Em mais aprofundado entendimento, Friguini (2007 p.109), ensina:

“nada obstante o limite financeiro do inciso I (40 vezes o salário mínimo), essa restrição não foi posta no inciso II, de sorte que deve ser acolhido integralmente o que apontou o CPC ao estabelecer procedimento sumário nas demandas que especifica o inciso II do art. 275, qualquer que seja o valor. Indagar-se-á que a superação do patamar financeiro extrapolaria os princípios dos juizados. No entanto, essa objeção não tem cabimento, uma vez que o legislador pátrio quisesse restringir aquelas ações quanto ao valor, tê-lo-ia feito, tal como aconteceu com as ações possessórias de bens imóveis (IV)...É preciso perceber que o diploma atual se separou do critério financeiro que norteou a Lei n.º 7.244/84, elencando agora, além daquele, também algumas matérias e, quando achou por bem, limitou-as a um patamar pecuniário. Se houve silêncio em alguns casos, urge concluir existir permissão para o ajuizamento.”

Assim, a questão atinente aos critérios utilizados na fixação da competência dos Juizados Especiais, se mostra deveras intrincada, na medida em que a delimitação da competência do Juizado Especial Cível em face ao conteúdo do inciso II do artigo 275 do Código de Processo Civil se dá pura e simplesmente em função do fator qualitativo.

Dessa maneira, o raciocínio anteriormente indicado se aplica perfeitamente aos Juizados Especiais regidos pela Lei 9.099/95, que, assim como os Juizados Especiais Federais, atendem ao preceito insculpido no art. 98, I, da CF.

Importante ressaltar que, na edição da Lei 9.099/95, o legislador foi enfático, ao estabelecer, em seu art. 3º, os parâmetros de valor e matéria para que uma ação pudesse ser considerada de menor complexidade e, consequentemente, sujeita à competência do Juizado Especial Cível.

Frise-se que, ao regulamentar a competência conferida aos Juizados Especiais pelo texto constitucional, art. 98, I, o legislador ordinário fez uso de dois critérios distintos, quantitativo e qualitativo, para definir o que são “causas cíveis de menor complexidade”. Vejamos a descrição do artigo:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criaráo:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;” (grifo nosso)

À luz desses critérios, consideram-se ações de menor complexidade, nos termos do art. 3º da Lei 9.099/95:

“Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil;
III - a ação de despejo para uso próprio;”

Daí se defender que, a menor complexidade que confere competência aos Juizados Especiais é, de regra, definida pelo valor econômico da pretensão ou pela matéria envolvida. Exigindo-se, por isso, a presença de um desses requisitos e não a sua cumulação, a exceção para as ações possessórias sobre bens imóveis, em relação às quais houve expressa conjugação dos critérios de valor e matéria.

Por essa razão, salvo na hipótese do art. 3º, IV, estabelecida a competência do Juizado Especial com base na matéria, é perfeitamente admissível que o pedido exceda o limite de quarenta salários mínimos, conforme se depreende da leitura do art. 275, II do CPC.

Sobre o tema, Nancy Andrighi²⁶, assim ementou:

“PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. COMPLEXIDADE DA CAUSA. NECESSIDADE DE PERÍCIA. CONDENAÇÃO SUPERIOR A 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. CONTROLE DE COMPETÊNCIA. TRIBUNAIS DE JUSTIÇA DOS ESTADOS. POSSIBILIDADE. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. CABIMENTO.

1. Na Lei 9.099/95 não há dispositivo que permita inferir que a complexidade da causa – e, por conseguinte, a competência do Juizado Especial Cível – esteja relacionada à necessidade ou não de realização de perícia.

2. A autonomia dos Juizados Especiais não prevalece em relação às decisões acerca de sua própria competência para conhecer das causas que lhe são submetidas, ficando esse controle submetido aos Tribunais de Justiça, via mandado de segurança. Inaplicabilidade da Súmula 376/STJ.

3. O art. 3º da Lei 9.099/95 adota dois critérios distintos – quantitativo (valor econômico da pretensão) e qualitativo (matéria envolvida) – para definir o que são “causas cíveis de menor complexidade”. Exige-se a presença de apenas um desses requisitos e não a sua cumulação, salvo na hipótese do art. 3º, IV, da Lei 9.099/95. Assim, em regra, o limite de 40 salários mínimos não se aplica quando a competência dos Juizados Especiais Cíveis é fixada com base na matéria.

4. Admite-se a impetração de mandado de segurança frente aos Tribunais de Justiça dos Estados para o exercício do controle da competência dos Juizados Especiais, ainda que a decisão a ser anulada já tenha transitado em julgado.

5. Recurso ordinário não provido.” STJ. Recurso em Mandado de Segurança n. 30.170-SC (2009/0152008-1). Relatora Ministra Nancy Andrighi – 3^a turma, julgado em 05.10.2010, publicado DJE em 13.10.2010 - Grifo Noso

Em outras palavras, a exegese da Lei 9.099/95 evidencia que, quando o legislador quis agregar o pressuposto valorativo ao material, assim o fez expressamente, no art. 3º, IV. Isso porque, se a intenção fosse estender o limite de valor para todas as hipóteses materiais previstas no art. 3º, essa limitação teria sido incluída no próprio *Caput* do artigo, como, aliás, ocorria sob a égide da Lei 7.244/84, que dispunha sobre o Juizado Especial de Pequenas Causas.

Urge salientar a evolução legislativa empreendida com a Lei 9.099/95 que revogou a Lei 7.244/84 e trouxe novos contornos à definição da competência dos

²⁶ STJ. Recurso em Mandado de Segurança n. 30.170-SC (2009/0152008-1).

Juizados Especiais, deslocando o critério valorativo do *Caput* para os incisos I e IV do artigo 3º, de modo a torná-lo independente do critério material.

Acerca desse tema, Beneti (1996, p.26), consignou em sede doutrinária:

“Assim, para a nova Lei, a expressão “menor complexidade” compreende causas que não ultrapassem o valor de quarenta salários mínimos, bem como aquelas que pela matéria discutida não encerrem grau de dificuldade para o processo e julgamento. Por isso, toda vez que fixada a competência pelo critério da matéria, não haverá submissão ao valor limite de quarenta salários mínimos, pois, repita-se, quando o direito objeto do conflito não envolve complexidade, poderá tramitar perante a Justiça Especial independentemente de seu valor”. Corroborando esse entendimento, o inciso II do art. 275 do CPC consigna expressamente o cabimento do procedimento sumário “qualquer que seja o valor”. Ademais, não subsiste o fundamento de que esse dispositivo estaria a impor uma divisão na competência para processar e julgar as ações enumeradas no referido inciso II, isto é, até 40 salários mínimos adotar-se-ia o procedimento do Juizado Especial e, acima desse valor, a competência passaria a ser da Justiça Comum, pelo procedimento sumário. Essa interpretação não se coaduna com o mandamento constitucional de tratamento isonômico do cidadão no acesso ao Judiciário, pelo qual se resguarda ao jurisdicionado o direito de optar livremente entre o Juizado Especial e a Justiça Comum.”

Por sua vez, quanto à previsão contida no § 3º do art. 3º, que trata da renúncia ao crédito excedente, é evidente que esse dispositivo se aplica apenas ao critério valorativo de fixação da competência, tanto que a norma faz referência apenas ao limite estabelecido no artigo.

Nesse passo, é elucidativa a orientação expressa no ENUNCIADO 58 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), corroborando com nosso entendimento:

“Enunciado n. 58 FONAJE: As causas cíveis enumeradas no art. 275, II, do CPC admitem condenação superior a 40 salários mínimos e sua respectiva execução, no próprio Juizado.”

Em suma, ainda que a técnica redacional legislativa dificulte a compreensão do alcance exato do dispositivo legal, a sua interpretação teleológica e sistemática, à luz não apenas do art. 98, I, da CF, mas também das demais garantias constitucionais em matéria processual, notadamente a facilitação do acesso ao Judiciário e a razoável duração do processo, aponta para a inexistência de limite valorativo nas ações previstas nos incisos II e III do art. 3º da Lei 9.099/95, inclusive como forma de ampliar a gama de litígios passíveis de processamento frente aos Juizados Especiais.

B) REGRA DE EXCLUSÃO DE COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Pode ocorrer de se ter uma causa que, não obstante seu pequeno valor seja de grande complexidade jurídica ou fática. Seriam as pequenas causas de grande complexidade.

Por tal razão, a Lei 9099/1995 exclui da competência dos juizados especiais cíveis algumas causas que, ainda que lhes seja atribuído um pequeno valor não poderão ser deduzidas no microssistema.

Essas causas são as de natureza alimentar, falimentar, fiscal, relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial.

Ressalte-se que entre as pequenas causas estão, nos termos da lei n. 9.099/1995, as de interesse da Fazenda Pública, todavia, superada com a edição da lei n. 12.153/2009 a exclusão dessa matéria. Porém, a nosso sentir, desde a vigência da Lei 10.259/2001, já se admitia causa de interesse da Fazenda Pública na órbita federal.

É salutar se fazer mais uma observação: inobstante o silêncio da lei a respeito do ponto exclusão de competência, devem ser consideradas as demandas coletivas, ou seja, aquelas em que se busca tutela jurisdicional para os interesses supra individuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos). Tais demandas são sempre de grande complexidade teórica e prática, não sendo compatíveis com o microssistema processual dos juizados especiais cíveis.

Merece menção o fato de que o artigo 3º, § 1º, I da Lei 10.259/2001²⁷, exclui as demandas coletivas, e por via reflexa afetando todo o microssistema.

Por fim, deve também se considerar causas cíveis de grande complexidade, aízda que tenha pequeno valor, aquelas para as quais se exige a utilização de procedimento especial, já que o seu procedimento diferenciado, em razão do direito material envolvido, não pode ser desenvolvido nos juizados, uma vez que serão as causas como despejo por falta de pagamento, consignação em pagamento, prestação de contas, procedimentos monitórios e outras, absolutamente incompatíveis com o rito sumaríssimo.

²⁷ “referidas no art. 109, incisos II, III e XI, da Constituição Federal, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos”.

CONCLUSÃO

A criação dos Juizados Especiais Cíveis em vários âmbitos da Justiça brasileira fortalece a ideia de acesso a uma ordem jurídica justa e torna inafastável o Poder judiciário diante do cidadão.

Todavia, a fissura na interpretação de sua área de atuação (competência), ocasionada pela inobservância das regras estabelecidas no artigo 3º, II da Lei 9.099/95, pelo legislador, restringe, sobremaneira, o acesso à totalidade das matérias de sua incidência, valendo dizer que deixa sem higidez o microssistema, à medida que limita o seu campo de atuação.

Decorridos quinze anos de sua criação, adveio, vale dizer, por meio do Poder Judiciário, interpretação sistêmica para definição das regras de incidência dos Juizados Especiais Cíveis enumeradas em: matéria e valor. Desse modo, harmoniza e integra o microssistema com os ditames de eficiência e eficácia na prestação jurisdicional, além de permitir, ao cidadão, segurança e confiança na dedução de matérias desvinculadas do critério valorativo, ampliando o acesso à justiça.

Ao uniformizar entendimento de que os critérios valorativos e qualitativos são autônomos, subsistindo harmonicamente no microssistema, reforça o acesso à ordem jurídica justa, simples, célere e permite desafogar a Justiça Comum do ajuizamento de causas de menor complexidade, conferindo coesão ao sistema processual sumaríssimo e guarnece o cidadão com um órgão jurisdicional mais próximo.

REFERÊNCIAS

- ABREU, P. M.. **Acesso à Justiça e Juizados Especiais**. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.
- ALVIM, J. E.. Carreira. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais: Lei 9.099, de 26.09.1995**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2004.
- BENETI, Sidnei. **Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BEZERRA, P. C. S.. **Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BOBBIO, Noberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 4 ed. Brasília: EdUNB, 1994.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do. Congresso Nacional**. Brasília, 1988.
- BRASIL. **Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado de Pequenas Causas**. Congresso Nacional. Brasília, 1984.
- BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado de Pequenas Causas**. Congresso Nacional. Brasília, 1995.

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Congresso Nacional. Brasília, 1973.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública Uma abordagem crítica.** 7^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Pallotti, 1998.

CATALAN, Marcos Jorge. **O Procedimento do Juizado Especial Cível.** São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais.** 12^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, J. S. Fagundes. **Questões controvertidas nos Juizados Especiais.** Curitiba: Juruá, 1997.

DINAMARCO, C. R.. **A Instrumentalidade do Processo.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis.** 3^a ed. São Paulo: Mizuno, 2007.

HESS, Heliana Coutinho. **Acesso à Justiça por Reformas Judiciais.** Campinas: Milenium, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos direitos difusos em juízo.** 7 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

NEGRÃO. Theotonio. Gouvêa, José Roberto F. **Código de Processo Civil Comentado** 38^a Edição. Atual. Até 16 de Fevereiro de 2006. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à Justiça no Direito Processual Brasileiro.** São Paulo: Acadêmica, 1994.

SALOMÃO, Luis Felipe. **Roteiro dos Juizados Especiais Cíveis.** 3^a ed., revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro. Destaque, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista DA. **Curso de Processo Civil: Processo de conhecimento.** Vol. 1.7^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

TOSTES, Natacha Nascimento Gomes. **Juizado Especial Cível: estudo doutrinário e interpretativo da Lei 9.099/95 e seus reflexos processuais práticos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais: Comentários à lei 9.099/1995..** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

WATANABE, K. (Org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas.** São Paulo: RT, 1985.

ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO COMO VIA DE ACESSO À JUSTIÇA

ARBITRATION IN THE CONSUMER RELATIONS AS ACCESS TO JUSTICE

Larissa Alderete

Acadêmica do 9º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito (FADIR) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Nilton César Antunes da Costa

Doutor em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Mestre em Direito e Economia pela UGF-RJ e em Direito Processual Civil pela PUC-SP. Professor titular da Universidade Católica Dom Bosco – UCDB e adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Submissão em 18.05.2015

Aprovação em 23.06.2015

Resumo: O acesso à justiça é garantia mínima à dignidade humana e deve estar assegurada pelo Estado democrático de direito. A Constituição Federal brasileira elenca este direito como garantia fundamental. Entretanto, deve-se priorizar não somente o alcance ao Poder Judiciário, mas principalmente a salvaguarda de uma resposta satisfatória. Demandas de menor complexidade e valor, como aquelas oriundas da relação de consumo, encontram ainda maior dificuldade para solução adequada. Formas alternativas de solução de litígios, como a arbitragem têm apontado um caminho mais célere, menos custoso e mais eficiente para o problema em questão e pode ser o recurso para desafogar os órgãos jurisdicionais.

Palavras-chave: Acesso à justiça; Arbitragem; Direito do Consumidor.

Abstract: *The access to justice it's the minimum guarantee to human dignity and must be assured by The Democratic State of the Law. The Brazilian Federal Constitution lists this right as a fundamental guarantee. However, it should prioritize not only the access to the Judiciary, but mainly the safeguard of satisfactory answer. Requests of reduced complexity and value, as those deriving from consumer relationships, face yet more trouble to find a proper solution. Alternative forms of disputes resolution, as the arbitration, have pointed out a faster path, less costly and more efficient for the problem at hand, and may be the resource to free up the Courts.*

Keywords: Access to justice; Arbitration; Consumer rights.

Sumário: Introdução. 1. Desenvolvimento. 1.1 A arbitragem como garantia fundamental ao acesso à justiça. 1.2 A evolução histórica do direito do consumidor. 1.3 Autonomia da vontade privada e ordem pública, princípios em conflito? 1.4 Contratos de adesão e a cláusula compromissória de arbitragem. 1.5. Arbitragem “ad hoc” e/ou institucional que tratam da arbitragem no Brasil e no contexto internacional. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O acesso à justiça está previsto como garantia fundamental, expresso no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal¹. Contudo, questiona-se a efetividade desta garantia em vista do acúmulo dos processos no judiciário, as dificuldades no acesso, na administração e na realização da justiça².

Neste contexto, a parte vulnerável na relação jurídica, seja pela condição econômica, física ou cultural, encontra ainda maior dificuldade para proteção de seus direitos. É o caso do consumidor³.

A ineficiência da justiça brasileira proporcionou que outras formas de solução de conflitos se fortalecessem no país, dentre elas a arbitragem. A lei que rege esta é recente, data de 1996. A cultura brasileira do paternalismo estatal ainda encontra dificuldades em desvincular o poder de jurisdição do Estado⁴ e adequar-se a este instrumento legal, especialmente quanto a questões como o Direito do Consumidor em vista de um conflito aparente entre ordem pública e a autonomia da vontade, o qual queremos desmistificar.

A arbitragem, segundo a Cartilha de Arbitragem elaborada pelo governo federal, é um meio privado de solução de conflitos, utilizada para solucionar demandas sem a presença do poder judiciário⁵. Conforme art. 13, §1º da lei de arbitragem, as partes escolhem um terceiro imparcial, o árbitro, para o julgamento do conflito, podendo ser um ou mais árbitros, desde que em número ímpar⁶.

¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

² MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.11.

³ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p.43.

⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 8.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Cartilha de Arbitragem. Brasília, 2006, p 5.

⁶ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-

Nas disposições gerais da lei de arbitragem o artigo 1º prevê que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁷. Logo no primeiro artigo, a lei faz duas exigências para o instituto da arbitragem, que as partes sejam capazes, e que a demanda corresponda a direitos patrimoniais disponíveis.

A capacidade de contratar é a capacidade essencial para direitos e obrigações. Conforme comentários do autor João Roberto Parizzato, refere-se à capacidade para o exercício de direitos, ou seja, a capacidade de aquisição ou de gozo, adquirida com a maioridade ou emancipação⁸. Logo, quem pode contratar, pode optar pelo juízo arbitral.

Além disso, é necessário que a demanda diga respeito a direito patrimonial disponível. Nas palavras de Carmona⁹:

Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto.

Isso quer dizer que as matérias que o Estado resguarda como interesses fundamentais da coletividade – interesses indisponíveis – não poderão ser objeto de arbitragem; como, por exemplo, o estado das pessoas, filiação, pátrio poder, casamento, alimentos, direito de sucessão, dentre outros¹⁰.

Ainda sim, é importante observar que a nosso ver não se exclui do âmbito da arbitragem litígios que atingem o direito de família, o direito do trabalho, as relações de consumo, se as partes puderem dispor acerca do bem que controvrem¹¹. Se o bem for apropriável ou alienável é possível arbitrar a despeito dele.

⁷1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁹PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.14

¹⁰CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 38.

¹¹CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 39.

¹¹PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.16

De acordo com art. 2º da lei de arbitragem¹², as partes poderão escolher o procedimento pelo qual a demanda será resolvida. A arbitragem não está sujeita somente ao ordenamento jurídico à escolha das partes, podendo esta se dar por equidade.

Segundo Parizzato¹³ equidade significa a não subordinação às normas de direito positivo, valorando o que for justo e razoável, sob a ótica da boa-fé. Salienta Irineu Strenger¹⁴:

A equidade é, antes, a integração, em uma gama de meios, de interpretação e de decisão, colocados à disposição do árbitro, de critérios variados, dos quais pode livremente fazer uso de maneira que lhe parecer mais adequado a dirimir o litígio.

O parágrafo 1º do art. 2º da referida lei¹⁵ dispõe ainda que podem as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio, desde que não haja violação dos bons costumes e da ordem pública.

Nas palavras de Irineu Strenger¹⁶ é praticamente “a permissão ao direito alternativo”, pois abrange amplas possibilidades de interpretação. Identifica-se o princípio da autonomia da vontade privada, caracterizado pelo livre arbítrio dado as partes para selecionar o modo pelo qual solucionará a demanda arbitral.

Contudo, existem freios para esta liberdade conforme finaliza o artigo 2º, §1º, os bons costumes e a ordem pública. Os bons costumes remetem à moral, à dignidade e o decoro social¹⁷.

Já a ordem pública, segundo Irineu Strenger¹⁸ “entende-se por um conjunto de princípios conhecidos na ordenação jurídica, que, considerados fundamentais, impõem-se imperativamente, excluindo qualquer validade a relações jurídicas volitivas que lhe sejam contrárias” trata de valores cujo Estado elegeu essenciais e incorporou ao ordenamento jurídico com o objetivo de proteção e por isso são limitadoras da amplitude do poder dos árbitros.

¹² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

¹³ PARIZZATO, João Roberto. Arbitragem: comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997, p.18.

¹⁴ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 19

¹⁵ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015

¹⁶ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 25.

¹⁷ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 68.

¹⁸ STRENGER, Irineu. Comentários à lei brasileira de arbitragem. São Paulo: LTR, 1998, p. 23.

O direito do consumidor, conforme art. 1º do Código de Defesa do Consumidor é descrito como matéria de ordem pública e interesse social.¹⁹ Significa dizer que o Estado achou por bem tutelar os direitos do consumidor com o intuito de protegê-lo, pois entende que o consumidor é a parte hipossuficiente da relação jurídica e merece amparo.

Desta forma, há um conflito aparente quanto à possibilidade de tratar de direitos do consumidor – matéria de ordem pública – no âmbito da arbitragem, que se restringe aos direitos patrimoniais disponíveis.

No entanto, abordamos a evolução histórica do direito do consumidor no Brasil com o intuito de demonstrar porque esta matéria é considerada de ordem pública e demonstramos que os princípios supostamente em conflito – ordem pública e autonomia da vontade privada – podem conciliar-se e permitir a solução de demandas oriundas da relação de consumo por meio da arbitragem.

Estudamos o conceito de cláusula compromissória de arbitragem nos contratos de adesão e as possibilidades de celebrar o compromisso arbitral nas relações de consumo. Por fim analisamos a arbitragem “ad hoc” e/ou institucional que tratam da relação de consumo no Brasil e no contexto internacional, com a análise desta temática na Espanha.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1. A ARBITRAGEM COMO GARANTIA FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA

O art. 5º, XXXV da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”²⁰. Prevê o acesso à justiça como garantia fundamental, todavia, nem sempre foi assim. A tutela incisiva deste e outros direitos fundamentais dispostos na Magna Carta são consequência do fim da Segunda Guerra Mundial²¹.

As garantias fundamentais são oriundas dos Direitos Humanos, aqueles “essenciais para que o ser humano seja tratado com dignidade que lhe é inerente e aos quais fazem jus todos os membros da espécie humana”²².

¹⁹ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário. 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm. 2012, p. 776.

²² Ibidem, p. 769.

É bem verdade que estes direitos coexistem com a evolução da sociedade, e estão presentes desde a Antiguidade. O Código de Hamurabi garantia a todos os indivíduos direitos como a vida, a propriedade e a honra. Na Idade Média, a Magna Carta outorgada pelo Rei João Sem Terra, na Inglaterra em 1215, limitava os poderes da monarquia e assegurava direitos como a liberdade de locomoção e o livre acesso à justiça. Em seguida, a Revolução Francesa, consagrou a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e reconheceu a liberdade e a igualdade entre os homens²³.

Entretanto, após a Segunda Guerra Mundial, em decorrência da extrema violência expressa pelo nazismo, os direitos humanos adquiriram o caráter de prioridade da sociedade internacional. Deu origem a criação da ONU, em 1945, e a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. Iniciou-se uma cooperação entre os países para garantir os direitos essenciais à vida humana²⁴.

Neste ínterim, fortaleceu-se a figura dos tratados internacionais, “acordos escritos e concluídos por Estados e organizações internacionais com vistas a regular o tratamento de temas de interesse comum”²⁵. O Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil é signatário, por exemplo, também prevê no art. 8º, § 2º a tutela jurisdicional como garantia mínima à dignidade humana²⁶.

Conforme análise de Nilton César Antunes da Costa²⁷:

O princípio do acesso à justiça, portanto, constitui uma das facetas intrínsecas do subprincípio da dignidade da pessoa humana, sendo essa, portanto, sua essência, ciente de que a dignidade da pessoa humana constitui princípio fundamental no Estado Democrático de Direito, explícito no art. 1º, III, da CF.

Não resta dúvida de que o acesso à justiça é um direito fundamental. Contudo, discute-se o conceito de acesso à justiça, que conforme análise de Mauro Cappelletti e Bryant Garth não se refere somente ao acesso ao poder judiciário como também a efetividade da tutela jurisdicional²⁸.

²³ Ibidem, p. 776.

²⁴ Ibidem, p. 778

²⁵ Ibidem, p. 79.

²⁶ BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Pacto São José da Costa Rica. Vade Mecum Saraiva. p. 1563-1570. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

²⁷ COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). Decisões e sentenças arbitrais: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 14.

²⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant; NORTHF LEET, Ellen Gracie (Trad.). Acesso à justiça. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 6.

Pedro A. Batista Martins enfatiza²⁹:

O dever de assegurar o acesso à justiça não se limita a simples possibilidade de distribuição do feito, ou a manutenção de tribunais estatais à disposição da população, mas engloba um complexo sistema de informação legal aos hipossuficientes jurídicos, o patrocínio de defesa dos interesses daqueles econômica e financeiramente desprotegidos que possibilitem a igualdade de todos e, acima de tudo, uma justiça célebre em prol do jurisdicionado. Se esses fatores não imperam, o Estado está privando o cidadão do direito à jurisdição, colocando-se em potencial descumprimento de uma das suas funções primordiais.

O autor Vitor Barboza Lenza³⁰ elenca quatro problemas que dificultam o acesso ao judiciário. São eles a) a desinformação da população, muitas vezes analfabeta ou de pouca instrução que diante de um conflito não sabe que atitude tomar, ou qual serviço procurar para restaurar seu direito ameaçado ou lesado; b) a ordem psicosocial, uma vez que o ambiente é formal, recatado. O cidadão de baixa renda sente-se um estranho neste ambiente; c) a onerosidade da justiça, uma vez que para o acesso judicial depende-se de boa disponibilidade financeira, seja com relação à taxa judiciária, ou ao pagamento dos honorários de peritos judiciais e seus assistentes; e por fim d) a crise do poder judiciário evidente pela morosidade na entrega da jurisdição, causada pelo excesso de formalidades técnicas, número reduzido de juízes e varas, bem como o grande contingente de processos pendentes.

Todas estas questões dificultam não só o acesso ao poder judiciário como também a uma resposta efetiva ao direito violado. Segundo Pedro A. Batista Martins³¹ este ambiente propiciou a evolução de outras vias de solução de controvérsias como a mediação, a conciliação e a arbitragem, modos menos formais, mais céleres e menos custosos em comparação ao processo judicial.

A arbitragem é o mecanismo que mais se assemelha ao processo judicial, porém é um meio privado de solução de litígios, no qual um terceiro imparcial elencado pelas partes impõe sua decisão que tem força de sentença judicial. Diferente da mediação e da conciliação que são autocompositivos, não há imposição de decisão, apenas sugestão que não vincula às partes, cabendo a estas acordarem a melhor solução³².

²⁹ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.4

³⁰ LENZA, Vitor Barboza. Cortes Arbitrais. 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999, p. 15.

³¹ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.6

³² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 32.

Pedro A. Batista Martins³³ sustenta que estas formas alheias aos órgãos jurisdicionais buscam o consenso de forma amistosa e desta maneira garantem a composição eficiente e satisfatória da demanda às partes.

Sendo assim, bem se adéqua para solucionar demandas menos complexas como as questões oriundas das relações de consumo, que por vezes deixam de recorrer ao judiciário em vista do alto custo, da morosidade e incerteza de uma resposta adequada³⁴.

1.2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Para abordar a arbitragem como garantia de acesso à justiça nas relações de consumo, fizemos um breve estudo da história evolutiva do direito do consumidor para compreender a origem da proteção ao consumidor pelo Estado contextualizar essa temática.

O direito do consumidor é reflexo do capitalismo, da chamada sociedade de consumo. Após a Revolução Industrial iniciada na Inglaterra no século XVIII seguiu-se para a era da produção em massa, que procurava fabricar em grande quantidade para atender um maior número de pessoas. Tal período é dividido por Chiavenato³⁵ em duas revoluções: a primeira data de 1780 a 1860, chamada de Revolução do Carvão e do Ferro; e a segunda, entre 1860 a 1914, conhecida como Revolução do Aço e da Eletricidade.

A criação da máquina a vapor e o domínio das matérias primas como carvão, ferro e aço, proporcionaram ao homem o desenvolvimento de maquinários até então manuais, e como consequência, a mecanização, ainda que singela, das oficinas. O artesão e a pequena produção familiar cedeu lugar ao sistema fabril e a produção em larga escala.

Grandes foram as inovações deste período, como por exemplo, a denominada Produção em Série elaborada por Henri Ford³⁶, na qual há uma homogeneização da produção, padronização de métodos e especialização do trabalho.

³³ MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.7

³⁴ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimpr. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

³⁵ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 33

³⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 69.

Em seguida, ocorreu a fase do liberalismo econômico, reinante entre os séculos XVIII e XIX, que é definida por Chiavenato³⁷ como a fase de livre concorrência, do acúmulo de capital, da organização do trabalho e padronização de vida, que com a globalização alcançaram o patamar mundial.

Atualmente, a sociedade caracteriza-se pelo crescente número de produtos e serviços à disposição, além da facilidade do crédito e ainda pela publicidade e marketing que nos instigam a consumir.

Neste ambiente, surgiu a figura do consumidor, aquele que consome, mas está sujeito às regras e aos interesses do mercado, conforme denotam Daniel Amorim e Flávio Tartuci³⁸.

Rizzato Nunes³⁹ acrescenta que além dos produtos, os contratos também passaram a ser produzidos em larga escala, cabendo ao consumidor apenas aderir-lo, são os chamados contratos de adesão:

Esse modelo de produção industrial, que é o da sociedade capitalista contemporânea, pressupõe planejamento estratégico unilateral do fornecedor, do fabricante, do produtor, do prestador do serviço etc. Ora, esse planejamento unilateral tinha de vir acompanhado de um modelo contratual. E este acabou por ter as mesmas características da produção. Aliás, já no começo do século XX, o contrato era planejado da mesma forma que a produção.

O consumidor não discute as cláusulas contratuais com o fornecedor. Não se trata de um contrato bilateral, no qual as partes estabelecem entre si a vontade de cada uma. O fornecedor já tem este contrato estabelecido, e cabe ao consumidor, ao adquirir um produto ou serviço, somente aderir-lo. Há certa limitação da liberdade de escolha do consumidor.

Rizzato Nunes⁴⁰ aponta que este modelo de produção pressupõe planejamento estratégico e unilateral do fornecedor, que detém total liberdade na elaboração do produto ou serviço, o domínio da tecnologia, é mais forte economicamente, e como consequência, é visto como parte superior da relação.

No contexto brasileiro, antes da elaboração do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, até 1990, os conflitos consumeristas eram resolvidos com base

³⁷ CHIAVENATO, Idalberto. Introdução à teoria geral da administração: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003, p. 36

³⁸ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 3 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 25.

³⁹ NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

⁴⁰ Idem.

no Direito Civil, saliente-se que à época, estava em vigor o Código de 1916. Prevalecia o conceito do “*pacta sunt servanda*”, isso quer dizer que o contrato fazia lei entre as partes, ainda que fossem contratos de adesão. O consumidor aderia o contrato e ficava sujeito às cláusulas determinadas pelo fornecedor.

A sociedade brasileira, por muito tempo acostumou-se à interpretação das relações de consumo com base no Código Civil e conforme afirma Rizzato Nunes⁴¹ isso gerou diversos problemas para a compreensão das relações de consumo tuteladas pelo CDC.

Carlos Roberto Gonçalves expõe que tão logo se identificou a necessidade de o Estado tutelar de forma protetiva os direitos do consumidor⁴²:

Com a evolução das relações sociais e o surgimento do consumo em massa, bem como dos conglomerados econômicos, os princípios tradicionais de nossa legislação privada já não bastavam para reger as relações humanas, sob determinados aspectos. E nesse contexto surgiu o Código de Defesa do Consumidor, atendendo a princípio constitucional relacionado à ordem econômica.

A Constituição Federal de 1988, reflexo da redemocratização, previu estas proteções. O artigo 170, inciso V afirma que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, dentre outros princípios, a defesa do consumidor”⁴³. O artigo 5º traz também dentre as garantias fundamentais a previsão do dever do Estado em garantir a proteção do consumidor.

Antes mesmo da promulgação da Carta Maior, já havia uma comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, composta por juristas como Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari⁴⁴. O artigo 45 dos Atos de Instituições Constitucionais e Transitórias⁴⁵ previa a criação do referido código em 120 dias, mas foi somente em 11 de setembro de 1990 que a lei n. 8078 foi aprovada.

⁴¹ Ibidem, p. 45.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 30.

⁴³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 1.

⁴⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

A tutela dos direitos do consumidor no Brasil era claramente necessária. Alguns países como os Estados Unidos já haviam dado largos passos quanto à regulamentação das relações de consumo⁴⁶. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, além de normas de proteção, previu também no Título III a proteção do consumidor em juízo, o qual disciplina que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas da relação de consumo poderá ser exercida em juízo de maneira individual ou coletivamente.

Conforme observa Carlos Roberto⁴⁷ o Código de defesa do consumidor retirou da legislação civil a regulamentação das atividades humanas relacionadas com o consumo e criou uma série de princípios e regras em que se sobressai não mais a igualdade formal entre as partes, mas a vulnerabilidade do consumidor que deve ser protegido.

Logo, são evidentes as garantias e inovações, no contexto brasileiro, introduzidas por esta lei. Não há que se questionar as consequentes transformações nas relações de consumo desde então. A codificação dos direitos do consumidor trouxe a reforma do direito vigente e autonomia à matéria.

Todavia, há muito que aprimorar, especialmente quanto à solução de conflitos provenientes das relações de consumo por outros métodos que não o processo judicial, por exemplo, a arbitragem, tema deste trabalho.

1.3. AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA E ORDEM PÚBLICA, PRINCÍPIOS EM CONFLITO?

Quando se trata de solucionar conflitos originários das relações de consumo no âmbito da arbitragem, de prontidão imaginamos um conflito aparente. O direito do consumidor é matéria de ordem pública, conforme prevê o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor⁴⁸, este conceito nos remete a questionar a possibilidade de solucionar conflitos consumeristas com a arbitragem, já que a relação de consumo é objeto de proteção especial do Estado.

No entanto, há que se mencionar também a autonomia da vontade privada, princípio fundamental das relações contratuais, que concede ao indivíduo a livre disposição de seus interesses particulares.

⁴⁶ NUNES, Rizzato. *Curso de direito do consumidor*. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 42

⁴⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 31.

⁴⁸ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. *Código de proteção e defesa do consumidor*. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

A ordem pública representa uma face da moeda, cujo outro lado é a autonomia da vontade. Ambas coexistem na relação jurídica, sendo uma, limite da outra, de forma que não há como explicar ordem pública sem adentrar no conceito de autonomia da vontade privada.

Bem lembraram Flávio Tartuce e Daniel Amorim⁴⁹ que o conceito de autonomia da vontade distingue-se do conceito de autonomia privada. O primeiro é um conceito mais amplo, refere-se ao princípio da liberdade, da livre escolha do indivíduo num contexto geral. Já a autonomia da vontade privada remete ao direito privado e as relações particulares, é a liberdade de estabelecer regras as quais serão cumpridas mediante comum acordo.

O conceito de autonomia da vontade privada tem origem do direito romano, alicerça-se na liberdade de contratar, conforme aborda Carlos Roberto Gonçalves⁵⁰:

Tradicionalmente, desde o direito romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com que quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.

Os contratantes possuem a liberdade de convencionar entre si qualquer coisa que quiserem, desde que o objeto do contrato seja lícito, possível, determinado ou determinável, conforme previsão do art. 166, inciso II do Código Civil de 2002⁵¹. Autonomia da vontade privada refere-se ao poder das partes em disciplinar seus interesses mediante livre manifestação de vontade, sem interferência do Estado.

Esse princípio consolidou-se após a Revolução Francesa em 1789, como consequência do movimento Iluminista. Segundo os autores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁵² foi a partir do Iluminismo que a visão antropocêntrica e patrimonialista escancarou-se. O homem passou a ter-se como centro do universo e seus interesses individuais tornaram-se prioridade.

Carlos Roberto Gonçalves transcreve o artigo 1134 do Código Civil Francês que estabelecia “as convenções legalmente constituídas têm o mesmo valor que

⁴⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito do consumidor: direito material e processual. 3 ed. ver. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 290.

⁵⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁵¹ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

a lei relativamente às partes que a fizeram”⁵³. Ou seja, as obrigações contratuais tinham a mesma força que as obrigações legais para os contratantes, e a vontade devia ser respeitada como se lei fosse.

Contudo, esse cenário foi modificado pelos movimentos sociais do século XX, observam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona⁵⁴:

Claro está, entretanto, que, no curso do século XX, com o incremento tecnológico e a eclosão de guerras e revoluções que redesenhariam a arquitetura geopolítica do mundo, o individualismo liberal cederia lugar para o intervencionismo do Estado, que passaria a se imiscuir mais e mais na atividade econômica, abandonando o vetusto dogma francês do *laissez-faire*.

A livre manifestação de vontade para contratar encontrou barreira no interesse social. Após as revoluções socialistas do século XIX, o Estado viu a necessidade de adaptar o liberalismo exacerbado ao bem estar coletivo. A solidariedade atrelada à “responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”⁵⁵ identificou-se como dever jurídico e o Estado assumiu a tutela dos direitos chamados sociais.

Por conseguinte, o individualismo majoritário cedeu lugar ao interesse comum, e passou a sofrer limitações do Estado, através da lei, da moral e da ordem pública. Isso não quer dizer que a liberdade contratual deixou de existir, mas a autonomia da vontade privada passou a limitar-se por um princípio maior, a dignidade da pessoa humana⁵⁶.

As leis deixaram de ser apenas um suporte para os contratantes, e passaram a intervir nas relações negociais, coibindo abusos e reequilibrando a relação contratual por meio de instrumentos e mecanismos jurídicos a favor da parte vulnerável economicamente. O exemplo claro desta transformação no Brasil é o Código de Defesa do Consumidor.

Para Filomeno⁵⁷ o consumidor é o elo mais fraco da economia, pois se relaciona com a parte detentora dos meios de produção e do controle de mercado, o

⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 41.

⁵⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. vol. 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 77.

⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral*. vol. 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 72.

⁵⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Da política nacional das relações de consumo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 68.

fornecedor. O consumidor está sempre refém das necessidades de mercado e por isso é chamado ‘hipossuficiente’.

Por esta razão o legislador tratou o CDC como norma de ordem pública e interesse social. A lei estabeleceu princípios gerais de proteção e defesa do consumidor para limitar a atuação proeminente do fornecedor. O objetivo da lei é assegurar o equilíbrio da relação de consumo e proteger a parte vulnerável impondo valores indiscutíveis entre os protagonistas desta relação.

Ricardo de Carvalho Aprigliano⁵⁸ expõe a motivação do Legislador em tutelar alguns ramos do direito material, dentre eles, o direito do consumidor, como de normas de ordem pública:

As leis ou normas de ordem pública resumem e retratam aspectos considerados pelo sistema jurídico brasileiro como integrantes de seu núcleo essencial, compondo o universo mais ou menos amplo dos valores éticos, sociais e culturais que a sociedade brasileira elegeu e procura preservar.

Porém, o conceito de ordem pública é ainda vago e indeterminado. Não há na doutrina ou lei definição aprofundada. Pela definição dada pelo Novo Dicionário Aurélio⁵⁹ é o “conjunto de instituições e preceitos, cogentes, destinados a manter o bom funcionamento dos serviços públicos, a segurança e a moralidade das relações entre particulares, e cuja aplicação não pode, em princípio, ser objeto de acordo ou convenção”.

Ricardo de Carvalho Aprigliano afirma que ordem pública possui diferentes concepções, e é preciso distinguir a ordem pública de direito material da ordem pública como princípio do processo. Para ele, várias normas de direito material dos últimos anos apresentam preceitos de ordem pública, apesar disso, estas normas não tem o caráter processual de ordem pública, em suas palavras⁶⁰:

É muito difícil atribuir a estas normas, não obstante sua inegável relevância, características típicas que se costuma conferir às questões de ordem pública de direito processual, que são (i) a possibilidade de exame de ofício, (ii) a ausência de preclusão da matéria e (iii) a possibilidade de seu exame em qualquer tempo ou grau de jurisdição”.

⁵⁸ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 17.

⁵⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, p. 1004.

⁶⁰ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7

Dessa forma, no conceito de Aprigliano o Código de Defesa do Consumidor, como direito material, se enquadra no conceito mais geral de ordem pública, refere-se ao interesse público e social. Segundo o autor “tais normas regulam relações que transcendem ao mero interesse das partes, para assumir uma faceta mais ampla que interessa a ordem pública”⁶¹. Ou seja, estas matérias interessam principalmente ao Estado e decorrem de princípios políticos e sociais vigentes em determinada época, por isso tem caráter imperativo.

Ricardo de Carvalho Aprigliano enfatiza que norma imperativa não é sinônimo de direito indisponível⁶². Esta classificação depende da análise do objeto da relação jurídica. É preciso atentar-se ao caso concreto para não incidir no equívoco de prejudicar as partes que atuam de boa-fé.

Carlos Alberto Carmona⁶³ cita o exemplo das questões relativas ao direito de família. Esta matéria é conhecida como direito indisponível, contudo, isso não significa dizer que está absolutamente excluída do âmbito da arbitragem, pois as consequências patrimoniais podem ser objeto de solução compositiva. Segundo Carmona “Se é verdade que uma demanda que verse sobre o direito de prestar alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o *quantum* da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isso torna arbitrável esta questão)”⁶⁴.

A mesma analogia pode ser feita no âmbito das relações de consumo. Os direitos do consumidor são indisponíveis, por exemplo, a vedação de cláusulas abusivas, a inversão do ônus da prova, dentre outros direitos que não cabe ao consumidor escusar-se. Porém, quanto ao bem, objeto da relação jurídica, se patrimonial, o consumidor pode dele dispor. Se, por exemplo, comprar um produto estragado, pode escolher adquirir outro produto, trocar por produto idêntico, ter o dinheiro de volta ou qualquer outra opção que de boa-fé o fornecedor lhe oferecer.

Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁶⁵ no âmbito da relação de consumo a autonomia da vontade privada não está extinta, nem mesmo no contexto dos contratos de adesão. Mesmo que as cláusulas contratuais sejam, de certa forma, impositiva, há a manifestação da vontade do consumidor de contratar ou não contratar.

⁶¹ Ibidem.

⁶² Idem, p. 27.

⁶³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 38.

⁶⁴ Idem, p. 39.

⁶⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Contratos: Teoria Geral. vol 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 71.

Sendo assim, ainda que caiba ao Estado proteger o consumidor, as relações de consumo devem ser analisadas como consequência da autonomia da vontade privada deste no que se trata das questões patrimoniais.

Apesar das adaptações sofridas pelo princípio da autonomia da vontade privada no decorrer da evolução da sociedade, coexistem a liberdade contratual e o interesse social, sendo aquela limitada por esta. Assim prevê o artigo 421 do Código Civil de 2002 “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”⁶⁶.

Logo, tem-se por ordem pública no Código de Defesa do Consumidor, o objetivo do legislador de reconhecer esta matéria como de relevância social e incidência obrigatória, devido à repercussão e interesse geral.

Porém para a aplicação eficaz da norma é preciso analisar o caso concreto. Desta forma, pode-se afirmar que conceito de ordem pública não reporta à indisponibilidade absoluta do direito pelas partes, mas sim que estes são de interesse coletivo e por isso devem ser respeitados.

Isto posto, demonstra-se que o direito do consumidor, embora intitulado matéria de ordem pública e interesse social, não impossibilita a arbitragem nas relações de consumo se o objeto da demanda for patrimonial, desde que não estejam em discussão os direitos tutelados pelo Estado, mas tão somente o bem disponível, conforme prevê a lei de arbitragem (art. 1º)⁶⁷.

1.4. CONTRATOS DE ADESÃO E A CLÁUSULA COMPULSÓRIA DE ARBITRAGEM

A grande discussão quanto à possibilidade da arbitragem nas relações de consumo está exposta na aparente controvérsia entre o art. 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 4º da lei de arbitragem.

O artigo 4º, § 2º da lei 9.307/96 dispõe que “nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito ou em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para esta cláusula”⁶⁸.

⁶⁶ BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁷ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶⁸ Idem.

Cláusula compromissória, na definição de César Fiuza⁶⁹ é “o pacto acessório pelo qual as partes convêm em submeter à jurisdição arbitral as disputas que surjam no transcorrer de determinada relação jurídica, em termos genéricos sem menção à espécie de litígio nem ao nome dos árbitros”.

Já os contratos de adesão, segundo Paulo César Moreira Teixeira⁷⁰ tem como característica principal a “potencialização da vulnerabilidade do consumidor” perante o mercado, pois, nas palavras do autor “A homogeneidade de um mercado destituído de qualquer sensibilidade aliado a lei da oferta e da procura não permite ao consumidor um ato mais arrojado de discordância, repulsa ou inconformidade”.

O artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor define contrato de adesão como “aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”⁷¹.

Este tipo de contrato, conforme já exposto, surgiu com a revolução industrial⁷². A produção intensa fez com que também os contratos fossem elaborados em larga escala e padronizados com o objetivo de atender um número maior de consumidores.

No entanto, conforme Paulo César Moreira Teixeira⁷³ “ser contrato de adesão não significa ser contrato imediatamente anulável, dotado de impurezas morais e robustecido por ilegalidades de toda ordem”. São contratos válidos que requerem os mesmos cuidados que os demais, para evitar a supremacia de qualquer das partes.

Por sua vez, a despeito das cláusulas abusivas do contrato o artigo 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor prevê “são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII – determinem a utilização compulsória de arbitragem”⁷⁴.

Vários doutrinadores se manifestaram, debatendo a revogação tácita do art. 51, inciso VII do Código de Defesa do Consumidor, em vista do artigo 4º, § 2º da lei de arbitragem⁷⁵.

⁶⁹ FIUZA, César. Teoria Geral da Arbitragem. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

⁷⁰ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 98.

⁷¹ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷² NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7 ed. São Paulo: Saraiva. 2012, p. 44.

⁷³ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 100.

⁷⁴ BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁷⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista

Este é o pensamento de Selma M. Ferreira Lemes. Para ela, a lei de arbitragem derrogou o Código de Defesa do Consumidor⁷⁶:

O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna que vem sendo praticadas mundialmente.

Para a autora a lei de arbitragem não veda a cláusula compromissória nos contratos de adesão desde que haja manifestação clara da vontade do aderente a despeito da opção pela instância arbitral. Ou seja, se preenchidos os requisitos do art. 4º, § 2º da lei de arbitragem, será válida e eficaz.

Selma salienta ainda que ainda sim não significa dizer que a cláusula compromissória em contratos de adesão não possa ser declarada abusiva⁷⁷:

Nestes contratos, se por qualquer motivo a cláusula de arbitragem representar um desequilíbrio entre as partes ou for incompatível com a boa-fé e a equidade à luz do disposto no art. 51, inciso IV do CDC, poderá ser considerada inválida [...].

Já Paulo César Moreira Teixeira⁷⁸ defende outra interpretação, porém também a favor da arbitragem. Segundo ele o artigo 51, inciso VII, ao falar em arbitragem compulsória, referiu-se à arbitragem forçada, imposta, e que se neste caso ocorresse, deveria ser motivo de anulação. Para o autor, falar em arbitragem presume-se concordância de ambas as partes, e por isso, mesmo que em contrato de adesão não será nula, pois se trata de livre disposição das partes.

Sendo assim, devemos afastar o conflito entre o art. 51, inciso VII do CDC e artigo 4º da lei 9.307/96⁷⁹ tendo em vista que o legislador submeteu a eficácia da cláusula compromissória nos contratos de adesão à concordância expressa do aderente por escrito, com assinatura ou visto nessa cláusula, ou ainda se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem, conforme diz o § 2º do artigo 4º. O intuito da lei é proteger o consumidor de possíveis abusos do fornecedor

de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006

⁷⁶ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 129.

⁷⁷ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131.

⁷⁸ TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, A nova lei de arbitragem: comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 101.

⁷⁹ BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

que imponha a arbitragem conforme sua exclusiva vontade, por isso deve ficar evidente a aceitação do consumidor quanto à opção por solucionar futuras demandas provenientes do contrato em âmbito arbitral.

Destaca-se que não está excluído, neste caso, o princípio do equilíbrio contratual conforme lembra a autora Selma M. Lemes Ferreira⁸⁰. O consumidor poderá sempre invocá-lo para proteger-se de qualquer desigualdade quanto ao fornecedor ou vantagem desproporcional. O princípio da boa-fé jamais poderá ser violado.

É importante salientar que tramita no Congresso Nacional atualmente o projeto de lei n. 7108/2014⁸¹ com o objetivo de alterar a atual lei de arbitragem. Tal projeto traz, dentre outras, nova redação para o artigo 4º, § 2º, além de acrescentar os parágrafos 3º e 4º.

Se aprovado, o parágrafo 2º terá a seguinte redação: “a cláusula compromissória só terá eficácia se for redigida em negrito ou em documento apartado”.

O parágrafo 3º trará previsão da cláusula compromissória no contrato de adesão das relações de consumo, prevendo que esta só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição. O parágrafo 4º refere-se à cláusula compromissória nas relações trabalhistas.

Embora na redação atual do art. 4º da lei de arbitragem já esteja evidente a proteção e autonomia ao aderente, com a nova redação não haverá duvidas de que a cláusula compromissória em contrato de adesão poderá incidir em arbitragem, mesmo que nas relações de consumo, se de interesse do consumidor.

1.5. ARBITRAGEM “AD HOC” E/OU INSTITUCIONAL QUE TRATAM DA RELAÇÃO DE CONSUMO NO BRASIL E NO CONTEXTO INTERNACIONAL

No Brasil, perduram duas formas de procedimento arbitral, a arbitragem “ad hoc” e a arbitragem institucional, conforme expressa o art. 21 “caput” da lei de arbitragem⁸²:

⁸⁰ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 131

⁸¹ BRASIL. Projeto de lei n. 7.108, de 31 de março de 2014. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=1BF92CBD051D15FD079784ACE6494F60.proposicoesWeb1?codteor=1225529&filename=PL+7108/2014> Acesso em: fev. 2015

⁸² BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se ainda às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

Sendo assim, a arbitragem institucional remete à um órgão arbitral institucional ou entidade especializada do qual ambas as partes concordam em se submeter, estando sujeitas as regras procedimentais órgão eleito.

Por sua vez, a arbitragem “ad hoc” trata-se da arbitragem através de um compromisso arbitral, quando as partes elegem um árbitro independente solucionar o conflito, que determinará o procedimento especial para solucionar o litígio⁸³.

No Brasil, é possível que os consumidores solucionem suas demandas tanto em arbitragem “ad hoc” como através da arbitragem institucional. Porém, este modo de solução de litígio é pouco utilizado, conforme observou Fátima Nancy Andrichi⁸⁴ “Durante o período de 2004, por exemplo, dos 3.688 litígios submetidos ao CAESP, apenas 297 discutiam questões de natureza cível e somente 2% destas controvérsias relacionavam-se a conflitos de consumo”.

No contexto internacional, conforme os comentários da autora Selma M. Ferreira Lemes⁸⁵, o direito inglês na lei “Consumer Arbitration Agreements act”, de 1988 não privou a opção da via arbitral para solução de demandas, podendo ainda o consumidor optar pela ação judicial. Selma complementa que a lei inglesa deu origem a Diretiva da Comunidade Europeia (EC) de 05 de abril de 1993, que se refere à jurisdição arbitral e cláusulas abusivas nos contratos.

Em seguida, conforme Selma, também o direito francês passou a permitir a arbitragem em questões cíveis e mistas, espalhando-se por todo o continente europeu. Segundo a autora, na Europa vige exatamente a interpretação que defendemos “[...] a arbitragem não pode ser usada por uma parte para tirar vantagem da relativa debilidade da outra”⁸⁶.

Analisaremos o caso espanhol, a partir da obra de direito comparado do autor Márcio André Medeiros de Moraes, uma vez que a Espanha apresenta ca-

⁸³ CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Processo: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2009, p. 290.

⁸⁴ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006

⁸⁵ LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Aspectos fundamentais da lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 128.

⁸⁶ Idem, p. 129.

racterísticas político-sociais semelhantes ao Brasil, e por esta razão, o direito comparado neste contexto mostra-se mais eficaz.

De acordo com os estudos do autor Márcio André Medeiros de Moraes⁸⁷, após o período ditatorial vivido na Espanha, em 1978 instituiu-se a Constituição Espanhola, que previu direitos e deveres fundamentais ao povo, que vivia sobre grandes limitações e opressões. Dentre eles, o art. 51 da Constituição espanhola, que assegura o direito de defesa dos consumidores.

Segundo Márcio André⁸⁸ este novo contexto motivou os consumidores a criação de associações e organizações de consumidores que passaram a exigir do Estado uma política eficaz de defesa do consumidor e controle das práticas do mercado.

Em 1984, surge a Lei 26/84 para Defesa dos Consumidores e Usuários que nas palavras de Márcio André⁸⁹ “reconhece os direitos básicos dos consumidores e os procedimentos para fazê-los eficazes”.

Dentre os procedimentos, o art. 31 da Lei 26/84, prevê que o governo estabelecerá um sistema arbitral de caráter vinculante e executivo composta pelas organizações dos consumidores e por representantes da administração pública⁹⁰.

É importante salientar que o art. 31 da Lei 26/84, faz uma exigência semelhante à lei brasileira. Para que a arbitragem nas relações de consumo seja válida, é preciso que seja instituída por escrito, para não deixar dúvidas de que partiu da vontade das partes, especialmente do consumidor.

Conforme os estudos de Márcio André⁹¹, para atender as exigências da comunidade consumidora o governo espanhol instituiu como experiência as de Juntas Arbitrais de Consumo, implantadas 1986, e regulamentadas pela Câmara Municipal de Madri em 1990.

Márcio André de Medeiros faz ainda uma análise dos requisitos previstos legalmente para que as Juntas Arbitrais cumpram sua função⁹². Dentre eles está a gratuidade para as demandas de consumo, com o intuito de facilitar o acesso à justiça, a simplicidade e rapidez, visto que o laudo arbitral leva em média de três a cinco semanas para ser proferido, e ainda a observação dos princípios essenciais da audiência, contraditório e igualdade entre as partes.

⁸⁷ MORAES, Márcio André Medeiros. Arbitragem nas relações de consumo. 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011, p. 184.

⁸⁸ Idem, p. 185.

⁸⁹ Idem, p. 187.

⁹⁰ Idem, p. 197.

⁹¹ Idem, p. 191

⁹² Idem, p. 202.

Por fim, Márcio André⁹³ enfatiza que o procedimento arbitral para as relações de consumo é voluntário para ambas as partes, e conclui que devido às características de celeridade, gratuidade e simplicidade se apresentam claramente eficiente. Contudo ressalta que para os casos mais complexos que envolvem intoxicação, lesão ou morte e indícios de delito prevalece à função do judiciário⁹⁴.

Fica evidente que o direito espanhol apresenta uma alternativa eficiente para a solução de demandas mais simples como é o caso das relações de consumo, contudo não deixa de respeitar os direitos de ordem pública e interesse social, prevalecendo a vontade das partes e o bem estar coletivo.

CONCLUSÃO

Com esta pesquisa podemos concluir que a arbitragem é um modelo alternativo ao processo judicial, mais célere e simples, porém ainda recente no Brasil. Em vista disso, ainda é pouco aplicável em algumas cearas do direito como no âmbito das relações de consumo.

Alguns doutrinadores defendiam que havia um conflito entre a Lei de Arbitragem n. 9.307 e o Código de Defesa do Consumidor. Contudo, concluímos conforme análise mais aprofundada de outros doutrinadores que este conflito é apenas aparente, entendendo que é possível arbitrar sobre demandas consumeristas.

Como exemplo, estudamos o direito comparado, com base especial no contexto Espanhol e constatamos que os conflitos oriundos das relações de consumo podem ser solucionados por meio de arbitragem, inclusive ligados à administração direta, basta o apoio do Estado e o incentivo de políticas públicas para garantir o acesso à justiça.

Concluímos que, como o Brasil, a Espanha também viveu sobre uma política ditatorial e teve o processo de redemocratização recente. Ambas as Constituições valorizam instintivamente as garantias fundamentais, e por isso o modelo espanhol pode servir de espelho para a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **Arbitragem nas relações de consumo:** uma proposta concreta. Revista de Arbitragem e Mediação, Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abril-junho, 2006.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo:** o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

⁹³ Idem, p. 205.

⁹⁴ Idem, p. 193.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. Pacto São José da Costa Rica. Vade Mecum Saraiva. p. 1563-1570. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código civil. Vade Mecum Saraiva. p. 153-287. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de Arbitragem**. Brasília, 2006.

BRASIL. Projeto de lei n. 7.108, de 31 de março de 2014. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarIntegra;jsessionid=1BF92CB-D051D15FD079784ACE6494F60.proposicoesWeb1?codteor=1225529&filenameme=PL+7108/2014> Acesso em: fev. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Byant; NORTHFLEET, Ellen Gracie (Trad.). **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à lei 9.307/96. 3 ed. rev. atual. amp. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da administração**: uma visão abrangente da moderna administração das organizações 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3 ed. ver. ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA, Nilton César Antunes da; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Decisões e sentenças arbitrais**: teoria e prática. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo dicionário Aurélio**.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Da política nacional das relações de consumo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: Contratos: Teoria Geral. vol. 4. 7 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Contratos e atos unilaterais. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

LEMES, Selma M. Ferreira. A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos

- Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- LENZA, Vitor Barboza. **Cortes Arbitrais.** 2 ed. rev. ampl. atual. Goiânia: AB, 1999.
- MARTINS, Pedro A. Batista. Acesso à justiça. In: MARTINS, Pedro Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem.** Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo.** 1 ed. (ano 2005), 6 reimp. Curitiba: Juruá, 2011.
- NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado incluindo noções de direito comunitário.** 4 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- PARIZZATO, João Roberto. **Arbitragem:** comentários à lei 9.307 de 23.09.1996 Revogação dos artigos 1037 a 1048 do Código Civil e 101 e 1072 a 1102 do Código de Processo Civil. Leme : Led editora de direito, 1997.
- STRENGER, Irineu. **Comentários à lei brasileira de arbitragem.** São Paulo: LTR, 1998.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor:** direito material e processual. 3 ed. ver. atual. amp. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- TEIXEIRA, Paulo César Moreira, ANDRETTA, Rita Maria de Faria Correa, **A nova lei de arbitragem:** comentários à lei 9307 de 23.09.96, Porto Alegre: Síntese, 1997.

O JULGAMENTO DOS CRIMES DE TRÁFICO DE SERES HUMANOS EM FACE DA FEDERALIZAÇÃO DA COMPETENCIA PREVISTA NO ART. 109 §5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL¹

THE TRIAL OF HUMAN TRAFFICKING CRIMES FACING THE FEDERALIZATION OF COMPETENCE STATED IN THE ARTICLE 109 § 5TH OF THE FEDERAL CONSTITUTION

Rejane Alves de Arruda

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professora Adjunta da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), da Universidade Católica Dom Bosco (UCDB) e da Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS). Professora convidada da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FESMP). Advogada militante.

Renata Facchini Miozzo

Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Faculdade de Direito (FADIR) – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – UFMS.

Submissão em 12.04.2015

Aprovação em 22.05.2015

Resumo: O presente estudo tem como objeto a competência constitucional para processo e julgamento dos crimes relacionados ao tráfico de seres humanos. O objetivo é esclarecer e especificar qual Justiça – Estadual ou Federal – é a competente para promover a repressão de cada um destes delitos. Para tanto, foram realizadas pesquisas jurisprudencial e doutrinária em livros e artigos científicos, além da análise de normas brasileiras e internacionais. A abordagem do tema se justifica por o tráfico de pessoas ser reconhecidamente uma das mais sérias transgressões aos direitos humanos, sendo imperioso que não se pairem dúvidas sobre quais tipos penais estão disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para promover sua repressão, qual Justiça é a competente para julgar cada um desses crimes, além de se esclarecer se a nova disposição do artigo 109, V-A, e §5º, da Constituição Federal poderá causar algum impacto na competência

¹ Artigo apresentado como resultado parcial de plano de trabalho de pesquisa e iniciação científica do projeto de pesquisa Análise Do Tráfico E Migração De Pessoas Na Fronteira De Mato Grosso Do Sul: Dinâmicas e Modalidades com fomento da FUNDECT e UFMS.

para seu julgamento. De início, pesquisaram-se na legislação penal brasileira os principais crimes associados especificamente ao tráfico de seres humanos. Em seguida, procurou-se identificar os casos em que se aplica a jurisdição brasileira e, nestes, qual seria a Justiça competente para julgar cada um dos crimes relacionados no capítulo anterior. Por fim, passou-se a analisar a possibilidade de federalização da competência dos delitos em que, a princípio, seriam da Justiça Estadual. Ao final concluiu-se que a Justiça Federal, além de ser a responsável pela repressão da maioria destes crimes, poderá, com fundamento no art. 109, V-A, §5º, da CF, assumir a competência inicialmente definida como estadual.

Palavras-chave: Tráfico de seres humanos; Competência; Constituição Federal.

Abstract: The object of the present study is the constitutional competence for lawsuit and trial of crimes related to human trafficking. Its objective is to clarify and specify which justice Court – State or Federal – is competent to repress each one of these offenses. For such, jurisprudence and doctrine research was carried out through books and scientific articles as well as analysis of Brazilian and international norms. The approach of this topic is justified since human trafficking is admittedly one of the most serious transgressions of human rights. Thus, it is of utmost importance not to leave any doubt concerning the penal tools available for the Brazilian juridical ordering to repress those crimes or which court is competent to judge them. It is also relevant to clarify whether the new disposition of the article 109, V-A, and § 5th, of the Federal Constitution will cause impact on the competence for their judging. Firstly, the research was based on the Brazilian penal legislation and on the main crimes associated specifically with human trafficking. Next, there was an attempt to identify cases in which the Brazilian jurisdiction is applicable, and in such, whose competence it would be to judge each one of the crimes mentioned in the former chapter. Finally, an analysis was conducted on the possibility of federalization of the competence of offences which at first would be the State Court's. Therefore it was concluded that besides being responsible for the repression of most of those crimes, Federal Justice Court will also have the competence initially defined as the State Court's, based on the article 109, V-A § 5th of the Federal Constitution.

Keywords: Human trafficking; Competence; Federal Constitution.

Sumário: Introdução. 1. O tráfico de pessoas no ordenamento jurídico penal brasileiro. 2. A competência de Justiça para julgamento dos crimes relacionados ao tráfico de pessoas. 3. A possibilidade de federalização da competência por grave violação de direitos humanos. Considerações finais. Referências

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a competência constitucional para processo e julgamento dos crimes relacionados ao tráfico de seres humanos. Para tanto, foram realizadas pesquisa doutrinária em livros e artigos científicos e pesquisa jurisprudencial dos Tribunais Superiores, além da análise de normas brasileiras e internacionais pertinentes.

Este artigo tem como objetivo esclarecer e especificar qual Justiça – Estadual ou Federal – é a competente para promover a repressão de cada um dos delitos tidos como de tráfico de pessoas, segundo a definição dada pelo Protocolo de Palermo, tratado internacional promulgado no Brasil pelo Decreto 5.017 de 2004.

A abordagem do tema se justifica na medida em que o tráfico de pessoas é reconhecidamente uma das mais sérias transgressões aos direitos humanos, sendo imperioso que não se pairem dúvidas sobre quais tipos penais estão disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para promover sua repressão, e qual Justiça é competente para julgar cada um desses crimes. Ademais, diante da inusitada disposição do novel inciso V-A do artigo 109 da Constituição Federal, acrescido ao rol das competências federais pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, avulta-se de relevância estudar se este poderá causar algum impacto nas competências relacionadas ao tráfico de indivíduos.

De início, foi feita profunda pesquisa no ordenamento jurídico penal brasileiro, com o fim de relacionar os principais crimes associados especificamente ao tráfico de seres humanos. Em um segundo momento, procurou-se identificar os casos em que se aplica a jurisdição brasileira e, em seguida, qual seria a Justiça competente para julgar cada um dos crimes arrolados no capítulo anterior. Por fim, passou-se a analisar a possibilidade de federalização da competência dos casos em que, a princípio, seriam da Justiça Estadual.

1. O TRÁFICO DE PESSOAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL BRASILEIRO

É possível qualificar o tráfico de pessoas como uma das maiores violações aos direitos humanos na atualidade. A vítima traficada vê infringidos os seus direitos à liberdade, dignidade, integridade física, segurança, saúde, dentre tantos outros de igual importância. Segundo Rezek, trata-se de uma “humilhação absoluta do ser humano, explorado física e moralmente, seja pela indústria do sexo, seja por mecanismos ainda mais sórdidos que o sujeitam a trabalho forçado ou à retirada de órgãos para comércio”².

Diante de sua gravidade, o tráfico de seres humanos passou a ser considerado uma preocupação mundial. A sua definição é dada pelo Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – conhecido como Protocolo de Palermo –, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.017/2004. Sua regulamentação é completada pela Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998.

² REZEK, Francisco. Prefácio. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) Tráfico de pessoas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 7.

O artigo 3 do Protocolo de Palermo dispõe (sem destaque no original):

Artigo 3

Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

a) A expressão “tráfico de pessoas” significa **o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento** de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra **para fins de exploração**. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

Dessa definição depreende-se que o tráfico de pessoas se configura a partir da combinação de três elementos: as ações de mobilidade; os meios ou formas de exercício de poder sobre outra pessoa; e a exploração³.

Por ações de mobilidade, entende-se o ato de recrutar, transportar, transferir, alojar ou acolher as vítimas do tráfico. Significa promover o deslocamento de alguém, retirando-o do local que em se encontrava habitualmente. Se o deslocamento é entre países, dá-se o nome de tráfico internacional. Caso a vítima não ultrapasse os limites territoriais de um mesmo país, ocorrerá o chamado tráfico interno.

É essencial, ainda, para se falar em tráfico de pessoas, o uso de meios ou formas de exercício de poder sobre a vítima a ser traficada ou sobre alguém que tenha autoridade sobre ela. Esses meios são exemplificados pelo Protocolo, que menciona o uso de ameaça, força ou outras formas de coação, bem como emprego de rapto, fraude, engano, abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade, além da possibilidade de entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra. Em seu artigo 3, “b”, aquele diploma internacional deixa claro que o uso de tais meios, tendo vista o propósito de exploração, acaba por tornar irrelevante o consentimento da vítima.

Por fim, o último elemento constitutivo do tráfico de pessoas é a finalidade de exploração, que incluirá, segundo o Protocolo, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou

³ ANJOS, Fernanda Alves dos; PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: perspectivas e desafios. In: NOGUEIRA, Christiane V.; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato. (Orgs.) **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Paulinas, 2014. (Coleção cidadania). p. 45-46.

serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos. Trata-se do objetivo do crime, do fim último do criminoso.

Em se tratando de vítima menor de dezoito anos, o Protocolo de Palermo considera, em seu artigo 3, “c” e “d”, que o crime de tráfico de menores se configura com a ação de mobilidade e a exploração, sendo irrelevante a utilização de quaisquer dos meios coercitivos da alínea “a”. Presume-se, portanto, de forma absoluta, que o indivíduo menor de 18 anos é incapaz de consentir em relação à sua mobilidade e exploração.

Ao ratificar o Protocolo de Palermo em 2004, o Estado Brasileiro comprometeu-se a adotar as medidas legislativas necessárias para estabelecer como infrações penais os atos ali descritos como tráfico de pessoas (artigo 5). Por outro lado, ao ratificar a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores em 1998, comprometeu-se a adotar medidas eficazes para prevenir e sancionar severamente a ocorrência de tráfico internacional de menores (artigo 7 da Convenção).

Contudo, até a presente data, ainda são poucos os tipos penais brasileiros que criminalizam situações específicas de tráfico de pessoas – isto é, tipos em que descrevem a ação de mobilidade, os meios coercitivos ilícitos e o fim exploratório.

No título VI do Código Penal, sobre os crimes contra a dignidade sexual, encontram-se dois crimes diretamente relacionados ao tráfico de seres humanos. O art. 231 prevê o crime de tráfico internacional de pessoa para fim de exploração sexual, tipificando a conduta de “promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro”. Já o art. 231-A trata do tráfico interno de pessoa para fim de exploração sexual, criminalizando o ato de “promover ou facilitar o deslocamento de alguém dentro do território nacional para o exercício da prostituição ou outra forma de exploração sexual”. Ambos os tipos prevêm que também incorrerá nas mesmas penas do *caput* aquele que “agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la”.

É possível perceber que os núcleos destes tipos se referem às ações de mobilidade, incluindo a finalidade exploratória como um elemento do tipo. Nenhum deles exige, para a configuração do crime, o emprego de algum meio ilícito sobre a vítima para envolvê-la no tráfico. Todavia, ambos dispõem de uma causa de aumento de metade caso haja emprego de violência, grave ameaça ou fraude (art. 231, §2º, IV, e art. 231-A, §2º, IV, do CP).

Igualmente ligados ao tráfico de pessoas estão os crimes de aliciamento para o fim de emigração e aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, previstos respectivamente nos artigos 206 e 207 do Código Penal. O primeiro dispositivo legal prevê a conduta de “recrutar trabalhadores, mediante fraude, com o fim de levá-los para território estrangeiro” e o segundo, “aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional”, incorrendo nas mesmas penas aquele que “recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem” (art. 207, §1º, CP).

Nota-se que, nos referidos tipos penais, a ação de mobilidade está inserida como a finalidade do crime, e o meio ilícito com o qual os trabalhadores são aliciados constitui uma das elementares. A lei não explicita o fim exploratório, de forma que o trabalho para o qual as vítimas forem aliciadas poderá ser exercido ou não em condições dignas.

Sobre tal ponto, é possível, inclusive, fazer uma crítica ao legislador, eis que deveria ter ele se preocupado em punir com o merecido rigor aqueles que traficam seres humanos para o serviço forçado ou para o trabalho em condições similares à escravatura, em conformidade com o compromisso internacional assumido com a ratificação do Protocolo de Palermo. Os artigos 206 e 207 do Código Penal não comportam com eficiência a conduta de tráfico para o trabalho escravo, tanto que a pena cominada a ambos é de detenção de um a três anos e multa.

A punição pelo tráfico de seres humanos para o trabalho escravo fica, parcialmente, por conta do art. 149 do Código Penal, denominado “redução a condição análoga à de escravo”, com pena de dois a oito anos de reclusão e multa. Esse dispositivo, entretanto, é do mesmo modo insuficiente, uma vez que prevê as condutas praticadas normalmente pelo receptor dos trabalhadores a serem explorados. Isto é, o art. 149 do CP busca punir quem explora diretamente o trabalhador, quem o submete à condição de escravo. Aquele que promove a mobilidade dos trabalhadores até o local em que serão explorados responderá pelo crime do art. 206 ou 207 do Código Penal, ou responderá como partícipe do crime do art. 149, com fundamento no art. 29 do CP, segundo o qual “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

Nenhuma dessas situações é a ideal: no primeiro caso a pena é, certamente, muito branda; no segundo, a condenação será mais difícil porque necessitará de provas da efetiva submissão à condição análoga a escravo – não bastando, portanto, a prova de que o traficante tinha tal finalidade.

Existem, ainda, algumas disposições do Estatuto do Estrangeiro que podem se relacionar a uma situação de tráfico de pessoas. O art. 125, inciso VI, do referido estatuto, prevê a punição de quem “transportar para o Brasil estrangeiro que esteja sem a documentação em ordem” com penalidade de multa, e o art. 125, XII, comina pena de detenção de um a três anos para quem “introduzir estrangeiro clandestinamente ou ocultar clandestino ou irregular”. Destaca-se, ainda, o art. 125, VII, cuja conduta é “empregar ou manter a seu serviço estrangeiro em situação irregular ou impedido de exercer atividade remunerada”, punível com multa. Por fim, acrescente-se o crime de fraude de lei sobre estrangeiros (art. 309, parágrafo único, CP), consistente em “atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional”, ao qual é cominada a pena de 1 a 4 anos de reclusão e multa.

Tais infrações não têm a finalidade de punir o tráfico internacional de pessoas (e nem são apropriados para tanto), mas podem, ocasionalmente, servir como um tipo subsidiário – diante das graves lacunas no ordenamento jurídico brasileiro para a repressão penal do tráfico humano. Nesse contexto, haveria a repressão a somente um dos elementos constitutivos do tráfico internacional de pessoas, a ação de mobilidade, sem levar em consideração as condições em que essas pessoas foram deslocadas e para que fim.

Especificamente em relação ao tráfico de crianças e adolescentes, o Código Penal prevê o crime de entrega de filho a pessoa inidônea (art. 245, *caput* e §§ 1º e 2º, CP). Esta infração penal, na modalidade simples (art. 245, *caput*, do CP), consiste em “entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo”. Configura-se a forma qualificada do parágrafo 1º se “o agente pratica delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior”.

Tal crime muito se assemelha com o tipificado no art. 238 do Estatuto da Criança e do Adolescente, cuja conduta é “prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa”. Neste, há mais um núcleo do tipo (“prometer a entrega”), não se exigindo o conhecimento do pai sobre o perigo, e “mediante paga ou recompensa”, como uma elementar do crime. Além disso, o parágrafo único do art. 238 do ECA estabelece que incorrerá nas mesmas penas aquele que “oferece ou efetiva a paga ou recompensa”. Já pelo art. 245 do CP, é possível a punição do genitor mesmo que ele não tivesse propósito lucrativo, mas a consumação só ocorre com a efetiva entrega, e o fato somente será típico se o pai sabia ou devia saber do perigo a que o menor ficaria submetido. Tanto o art. 238 do ECA, quanto o art. 245 do CP, podem servir para punir os pais que entregam seus filhos ao tráfico.

O art. 245 do CP possui, ainda, mais uma forma qualificada, estabelecida em seu parágrafo 2º, que atribui pena de um a quatro anos de reclusão a quem “auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro”. Tal dispositivo, porém, foi tacitamente revogado pelo art. 239 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁴, cuja redação é “promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”. Assim como os crimes do art. 245 do CP e o 238 do ECA, o art. 239 do ECA pune a ação de mobilidade em desfavor da criança ou adolescente, deixando em aberta a possibilidade de estes virem a ser explorados no exterior. O emprego de violência, grave ameaça ou fraude é uma circunstância qualificadora prevista em seu parágrafo único.

Por fim, resta salientar que há muitos crimes dispersos no ordenamento jurídico penal brasileiro que tipificam condutas de exploração de seres humanos. Se a exploração for precedida pelo tráfico das vítimas, os referidos tipos penais podem ser utilizados para punir os traficantes de pessoas, com fundamento no art. 29 do CP.

A Lei nº 9434/97 é uma das que preveem situações de exploração que podem ser precedidas pelo tráfico. O seu art. 14 criminaliza a remoção ilegal de tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, e traz formas qualificadas. Esta lei estabeleceu também como infração penal a compra e venda de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano (art. 15), bem como o ato de “recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei” (art. 17). Se algum desses fatos criminosos for antecedido pelo tráfico de pessoas, o autor deste poderá ser punido como partícipe do crime.

Nesse contexto, podem-se destacar, ainda, o crime de maus-tratos (art. 136 do CP), e, especificamente com relação às crianças e adolescentes, a submissão destes à prostituição ou à exploração sexual (art. 244-A do ECA), ou a exploração destes para atividade pornográfica (art. 240 do ECA).

Ainda que exista a possibilidade de punir o traficante de pessoas como partícipe nos crimes de exploração de seres humanos, ao se analisar o ordenamento jurídico penal brasileiro, conclui-se que são raros os tipos penais que servem especificamente para combater o tráfico de pessoas. São eles: os artigos 231 e 231-A e seus parágrafos do Código Penal, sobre o tráfico para exploração sexual; os artigos 206 e 207, *caput* e §§ 1º e 2º, do CP, sobre o aliciamento de trabalhadores para outra localidade; e, relacionados ao tráfico de menores, o artigo 245,

⁴ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 11. ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2014. p. 723.

caput e §1º, do Código Penal, bem como os artigos 238 e 239, e seus respectivos parágrafos, do Estatuto da Criança do Adolescente.

2. A COMPETÊNCIA DE JUSTIÇA PARA JULGAMENTO DOS CRIMES RELACIONADOS AO TRÁFICO DE PESSOAS

Dá-se o nome de jurisdição, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco⁵, “à atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos”. E completa Nucci⁶ que, “detendo o Estado o monopólio da distribuição de justiça, na esfera penal, evitando-se, com isso, os efeitos os nefastos efeitos da autotutela, [...] exerce o Judiciário a jurisdição em caráter substitutivo às partes”.

A delimitação da jurisdição penal brasileira é dada, em regra, pelo princípio da territorialidade, previsto no art. 5º do Código Penal, segundo o qual “aplica-se a lei brasileira, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido no território nacional”.

Admite-se, porém, a aplicação da lei penal brasileira a crimes cometidos no estrangeiro. É o que se chama de extraterritorialidade temperada, sendo permitida somente em casos taxativos, especificados pelo art. 7º do Código Penal.

A respeito do tráfico de pessoas, seria a jurisdição brasileira apta a promover a punição do infrator nos casos em que o crime foi cometido em território brasileiro (princípio da territorialidade), ou ainda nos casos em que foi cometido no estrangeiro – por ser este um crime que o Brasil, por tratado, se obrigou a reprimir (art. 7º, II, “a”, do CP) –, se estiverem cumpridas as condições do §2º do art. 7º do CP (princípio da extraterritorialidade temperada com fundamento na justiça universal). Neste último caso, a competência será, a princípio da Justiça Estadual, conforme os ensinamentos de Lima⁷:

Nessa hipótese de extraterritorialidade condicionada da lei penal brasileira, seja o agente brasileiro ou estrangeiro, e desde que o delito tenha sido praticado inteiramente no exterior, sem que a conduta e o resultado tenham ocorrido no território brasileiro, a competência será da Justiça Comum Estadual, haja vista a inexistência de internacionalidade, pressuposto inafastável para a fixação da competência da Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso V, da Constituição Federal.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pallegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 25.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 259.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de competência criminal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 199.

Cumpre acrescentar que, se a conduta de tráfico de seres humanos se enquadra em uma das situações definidas no Estatuto de Roma (artigos 5º ao 8º), promulgado Pelo Brasil por meio do Decreto nº 4.388/2002, isto pode ensejar a responsabilização perante o Tribunal Penal Internacional⁸, de forma complementar. Segundo Bechara⁹:

Como regra geral, a competência é da justiça do Estado em que o crime foi cometido [...]. Num segundo estágio, somente haverá deslocamento de competência segundo o princípio da universalidade da jurisdição, porquanto o crime de tráfico de seres humanos faz parte da pauta mundial de repressão, se a justiça nacional originalmente competente, de forma deliberada ou provocada, der causa à impunidade. [...] Por fim, num terceiro estágio, se a conduta praticada configurar crime internacional, bem como se a competência universal dos Estados for ineficaz, nesse caso, a responsabilidade poderá ser apurada segundo o sistema internacional de justiça criminal.

Uma vez definida a jurisdição brasileira como a aplicável ao caso, resta definir a competência para julgamento. Sobre a fixação de competência criminal, ensina Lima¹⁰:

Ao se buscar o juízo competente para processar e julgar determinada infração penal, devemos passar por várias etapas sucessivas, concretizando-se gradativamente o poder de julgar, passando do geral para o particular, do abstrato ao concreto. [...] devemos nos perguntar, inicialmente, se a infração penal é da competência da Justiça brasileira. Posteriormente, a partir da análise da natureza da infração penal, busca-se definir a Justiça competente para processar e julgar o delito. Firmada a competência de Justiça, devemos-nos perquirir se o acusado é titular de foro por prerrogativa de função. Depois, [...] observa-se a competência territorial (ou de foro). Por fim, chegamos à competência de juízo, determinando-se a vara, câmara ou turma competente.

No mesmo sentido, afirma Tourinho Filho¹¹ que “a primeira delimitação é feita pela Carta Magna, distribuindo o poder de julgar entre os vários Órgãos Jurisdicionais, de acordo com a natureza da lide. [...] É a fixação da competência *ratione materiae* no plano constitucional”.

⁸ BECHARA, Fábio Ramazzini. Tráfico de seres humanos: competência jurisdicional penal para o julgamento das violações aos direitos humanos. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 114.

⁹ Ibidem, p. 115.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., p. 36.

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 109.

Segundo Lima¹², estes Órgãos Jurisdicionais são classificados doutrinariamente em Justiça Especial e Justiça Comum. São consideradas especiais a Justiça Militar, da União e dos Estados; a Justiça Eleitoral; a Justiça do Trabalho; e a “Justiça Política”, responsável por julgar os crimes de responsabilidade. Da Justiça Comum fazem parte a Justiça Comum Federal e a Estadual.

Em se tratando de crimes relacionados ao tráfico de pessoas, não há como estarem envolvidas as “Justiças Especiais”. A Justiça Militar é competente apenas para processar e julgar os crimes militares (art. 124 da CF), e dentre os quais nenhum está relacionado ao tráfico de seres humanos. O mesmo se diz sobre a Justiça Eleitoral, cuja competência está limitada apenas aos crimes eleitorais, e sobre a “Justiça Política”, à qual cabe processar e julgar crimes de responsabilidade. Em relação à Justiça do Trabalho, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 3684 MC/DF, julgada em 01/02/2007, entendeu que a Emenda Constitucional 45/2004 “não atribui à Justiça do Trabalho competência para processar e julgar ações penais”. Assim, ainda que ocorrida uma situação de tráfico de pessoas para o trabalho, a competência para processar e julgar ações penais referentes a esse fato não será da Justiça do Trabalho.

Incube, portanto, à Justiça Comum o processo e julgamento dos crimes relacionados a tráfico de seres humanos sujeitos à jurisdição brasileira. Em alguns casos, o fato criminoso se enquadrará em uma das hipóteses de competência da Justiça Federal (art. 109 da CF). Nos demais, será de competência da Justiça Estadual, por ser esta residual em relação àquela. Sobre esse aspecto, doutrina Karam¹³:

Ao mesmo tempo que delimita o âmbito de atuação dos órgãos integrantes das chamadas justiças especiais e da jurisdição federal comum, a Constituição Federal implicitamente atribui aos órgãos integrantes das justiças estaduais e local do Distrito Federal a competência residual que se estende a todas as causas não incluídas entre aquelas expressamente distribuídas aos órgãos integrantes das justiças especiais e da justiça federal comum.

Consoante o art. 109 da Constituição Federal, até a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, competia aos juízes federais, com relação à matéria criminal, processar e julgar, apenas:

IV - os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a

¹² LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., p. 36-37.

¹³ KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 18.

competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral;

V - os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

VII - os habeas corpus, em matéria criminal de sua competência ou quando o constrangimento provier de autoridade cujos atos não estejam diretamente sujeitos a outra jurisdição;

VIII - os mandados de segurança e os habeas data contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais;

IX - os crimes cometidos a bordo de navios ou aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar;

X - os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o “exequatur”, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;

XI - a disputa sobre direitos indígenas.

O constituinte valeu-se basicamente de dois critérios para delimitar a competência federal: ora a natureza da infração penal configurada pelos fatos em que se funda a pretensão punitiva, ora o lugar de sua alegada realização¹⁴, ou até mesmo a combinação dos dois critérios.

Em se tratando dos delitos relacionados ao tráfico de pessoas, são relevantes as hipóteses trazidas pelos incisos V, VI, IX e X do art. 109 da CF.

Assim, serão de competência da Justiça Comum Federal o processamento e julgamento dos crimes previstos em tratado ou convenção internacional, cuja execução iniciou-se no território nacional e o seu resultado ocorreu (ou deveria ter ocorrido) em outro país, ou reciprocamente (art. 109, V, CF). Nota-se, então, que “não basta a ocorrência de crime e a existência de tratado ou convenção internacional prevendo o seu combate, mas também que fique demonstrada a internacionalidade da conduta, [...] que haja repercussão além das fronteiras do país”¹⁵. Carecendo de quaisquer um desses requisitos, a competência será da Justiça Estadual.

¹⁴ Ibidem, p. 29.

¹⁵ OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da Justiça Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

Com fundamento nesse inciso, é possível afirmar que o crime de tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (art. 231, CP) deve ser processado e julgado pela Justiça Comum Federal, eis que o Brasil ratificou o Protocolo de Palermo por meio do Decreto nº 5.017/2004. Mantendo-se a mesma linha de raciocínio, entende-se que o crime de tráfico interno de pessoa para o fim de exploração sexual (art. 231-A do CP) competirá à Justiça Estadual.

Também serão de competência da Justiça Comum Federal os crimes de envio de criança ou adolescente ao exterior (art. 245, §1º, segunda parte, e §2º, do CP; e art. 239 do ECA), haja vista a ratificação brasileira da Convenção sobre os Direitos da Criança, pelo Decreto nº 99.710/90, em cujo artigo 11 se lê “os Estados Partes adotarão medidas a fim de lutar contra a transferência ilegal de crianças para o exterior e a retenção ilícita das mesmas fora do país”. Acrescenta-se que o referido diploma internacional considera como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade (artigo 1). O mesmo raciocínio se aplica ao crime do art. 238 do ECA: se a entrega do filho ou pupilo for para o exterior, a competência será da Justiça Federal; em não havendo o caráter de internacionalidade, será da Justiça Estadual.

A Justiça Comum Federal é competente, também, para processar e julgar crimes contra a organização do trabalho (art. 109, V, CF). Ao interpretar este dispositivo, os Tribunais Superiores entenderam que os delitos a que se refere o art. 109, V, da Constituição não coincidem necessariamente com os “crimes contra a organização do trabalho” do Título IV da Parte Especial do Código Penal (arts. 197 a 207). Explica Oliveira¹⁶:

O sentido do termo na Constituição diz respeito à proteção dos direitos e deveres dos trabalhadores em coletividade, como força de trabalho, não podendo ser confundido com aquele adotado pelo Código Penal, que pode conceber um mero crime contra o patrimônio de um empregado como crime contra a organização do trabalho.

Nesse sentido, tem-se, inclusive, a súmula 115 do extinto Tribunal Federal de Recursos: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a organização do trabalho, quando tenham por objeto a organização geral do trabalho ou direitos dos trabalhadores considerados coletivamente”. Assim, “a competência da Justiça Federal somente se firma diante de lesão aos direitos dos trabalhadores como um todo, pois em se tratando de mera lesão de direito individual a competência é da Justiça Estadual”¹⁷.

¹⁶ Ibidem, p. 92.

¹⁷ Ibidem, p. 91.

Nos últimos anos, porém, a jurisprudência expandiu o conceito da expressão constitucional “crimes contra a organização do trabalho”, passando a entender, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 398041, em 30/11/2006, que

Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhadores, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

Em 06 de março de 2007, no RHC 18242, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, naquele caso concreto, competiria à Justiça Federal processar e julgar o cometimento do crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207, CP), combinado com o art. 288 do CP. Em seu voto, a ministra relatora Maria Thereza de Assis Moura afirma que (sem destaque no original):

Os crimes, em tese, praticados pelo recorrente, não possuem uma conformação individualizada de tal arte a fazer esquivar o processo da competência da Justiça Federal. Tanto assim, que a investigação dos fatos ligados à frustração de direitos trabalhistas, envolveu a Ordem dos Advogados do Brasil, a Pastoral da Terra, a Secretaria de Saneamento do Município de Cabo Frio e da Associação de Trabalhadores na Agricultura (fl. 19). [...] e o fato descrito na denúncia é daqueles que possuem um espectro de lesividade que escapa da individualização particularizada de lesão trabalhista. [...] o caso em apreço não tem nada de comum, não é um fato ordinário, de viés individualista. Pelo contrário, noticia-se verdadeiro empreendimento de depauperação humana. [...] Por outro lado, é difícil cogitar como o delito do art. 207 do CP possa atentar contra «órgãos e instituições que preservam coletivamente os direitos do trabalho». No entanto, dependendo da forma pela qual praticado, é claro que ele poderá ser da competência da Justiça Federal; tudo a depender da magnitude e extensão da atuação delitiva.

No mesmo julgamento, concordando com a relatora, o ministro Hamilton Carvalhido votou:

Permaneço firme no entendimento de que a conduta criminosa na sua potencialidade ofensiva é que há de determinar a natureza dos crimes contra a organização do trabalho da competência da Justiça Federal. Numa palavra, não se há de afirmá-la em condutas cuja potencialidade ofensiva se exaure em certas e determinadas pessoas, mas sim naquelas cuja estrutura transcende na sua capacidade eficacial a pessoa ou pesso-

as já eventualmente alcançadas por ela. *In casu*, a imputação do crime de quadrilha, que é para o cometimento dos crimes contra a organização do trabalho, já seria bastante para assegurar a competência da Justiça Federal, porque foi constituída para aliciamento ao longo do tempo [...].

Destarte, segundo o Supremo Tribunal Federal, serão de competência da Justiça Federal os casos em que houver grave violação à dignidade da pessoa humana, em contexto trabalhista. O Superior Tribunal de Justiça acrescenta, ainda, ser preciso analisar a “magnitude e extensão da atuação delitiva” e a “potencialidade ofensiva”.

Nesse contexto, é possível fazer uma crítica à instabilidade gerada pelos Tribunais Superiores acerca da competência desses crimes, eis que preveem a utilização de critérios subjetivos em uma situação na qual a fixação de competência deveria ser objetiva. Diferente do incidente de deslocamento de competência do inciso V-A do art. 109 da CF – o qual será tratado em detalhes adiante –, a hipótese do inciso VI não deveria estar submetida a parâmetros que dependem de análise relativamente profunda do caso concreto. Acabou-se por criar, de forma extralegal, um instrumento semelhante ao incidente de deslocamento de competência, em que as partes, por meio de recurso ou *habeas corpus*, acionam o STJ e o STF para definir a competência para aquele caso concreto.

A par das críticas, é possível afirmar que, no cenário atual, no caso do tráfico de pessoas para o trabalho (artigos 206 e 207 do Código Penal), a fixação de sua competência estará a depender, no caso concreto, que seja detectada grave violação aos direitos humanos ou, ainda, segundo o STJ, que a atuação delitiva também seja de alta magnitude e extensão, com potencialidade lesiva a outros trabalhadores.

Entendemos, todavia, que, no caso do tráfico internacional (art. 206 do CP), em sendo verificada a finalidade de exploração para trabalhos forçados ou práticas similares à escravatura, a competência certamente será da Justiça Federal, com fundamento no art. 109, V, da CF, eis que o fato seria compatível com a definição de tráfico de pessoas trazida pelo Protocolo de Palermo, em seu art. 3, “a”, e estaria presente o requisito da internacionalidade.

Há, ainda, que se comentar a possibilidade de os delitos relacionados ao tráfico de pessoas serem de competência da Justiça Federal com fundamento no inciso IX do art. 109 da Constituição da República, isto é, se forem crimes “cometidos a bordo de navios ou aeronaves”. Essa hipótese, porém, será mais rara, uma vez que normalmente os delitos relacionados ao tráfico de seres humanos consumam-se em solo, reservando-se aos navios e aeronaves apenas parte do ato criminoso: a ação de mobilidade das vítimas.

Por fim, já foi comentado que, no caso de tráfico internacional de pessoas, há alguns tipos penais que podem servir como subsidiários, relacionados a estrangeiros (artigos 125, VI, VII e XII, do Estatuto do Estrangeiro, e art. 309 do Código Penal). Tais delitos devem ser processados e julgados pela Justiça Federal, com fundamento no inciso X do art. 109 da CF, por serem “crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro”.

Assim, apesar de a Justiça Estadual ser residual, em se tratando dos crimes de tráfico de seres humanos, prepondera-se a competência da Justiça Federal. É o que ocorre com os delitos tipificados no art. 231 do CP (tráfico internacional para exploração sexual); art. 245 do CP e art. 239 do ECA (envio de criança ao exterior); art. 206 do CP (aliciamento de trabalhadores para o exterior) e art. 149 do CP (redução à condição análoga à de escravo); e art. 125, VI, VII e XII do Estatuto do Estrangeiro e art. 309 do CP (crimes relacionados a ingresso ou permanência irregular de estrangeiro). A eles somam-se os delitos do art. 207 do CP (aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional) quando houver grave violação aos direitos humanos do trabalhador com potencialidade ofensiva, e o art. 238 do ECA quando a entrega de filho e pupilo for ao exterior.

3. A POSSIBILIDADE DE FEDERALIZAÇÃO DA COMPETÊNCIA POR GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, foram mantidas todas as hipóteses de competência da Justiça Federal mencionadas anteriormente, mas houve o acréscimo de mais uma possibilidade:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

V-A - as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

A finalidade de federalizar a competência é, segundo a própria dicção constitucional, “assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte”. Afirma Lima¹⁸:

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de, op. cit., p. 210-211.

A partir do momento em que o Brasil subscreveu a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto 678/92), assim como reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Decreto Legislativo nº 89/98) para julgamento de violações de direitos humanos ocorridas em nosso país que tenham ficado impunes, a União passou a ficar sujeita à responsabilização internacional pelas violações de direitos humanos, sem que se dispusesse de instrumento jurídico idôneo ao cumprimento dos compromissos pactuados no âmbito internacional. E daí que surge a importância do incidente de deslocamento da competência previsto no art. 109, inciso V-A, e §5º [...].

Critica Karam¹⁹ que “esta nova competência [...] é, inusitadamente, uma competência indefinida e eventual, dependente do resultado de um incidente suscitado, antes ou no próprio curso do processo”, apontando que “sequer indicou a EC nº 45 parâmetros para esse inusitado estabelecimento da eventual competência da justiça federal”. E completa:

Este estabelecimento *a posteriori* da competência da justiça federal, em detrimento da justiça local, é deixado ao sabor de interesse expressado pelo Chefe do Ministério Públíco, isto é, por alguém que, no processo penal, está identificado [...] como uma das partes. Não bastasse a vulneração do conteúdo garantidor do princípio do juiz natural, certamente afetado por esta vaga possibilidade de deslocamento para a justiça federal de competência que, no momento do fato, resultava ser de Justiça local, surge aí também nítida vulneração do princípio da igualdade entre as partes e de seu corolário consubstanciado na igualdade de oportunidade processuais [...].²⁰

Entendemos, contudo, que o recente inciso do art. 109 é compatível com a Constituição originária e suas cláusulas pétreas, desde que o deslocamento da competência seja aplicado como uma medida excepcional, caso em que não haverá instabilidade apta a afetar o princípio do juiz natural. Ademais, o fato de a instauração do incidente ser prerrogativa exclusiva do Ministério Públíco não significa uma haver vantagem deste perante o réu, eis que os direitos e garantias do acusado se mantém diante de qualquer julgador. É dizer: a federalização da competência não é desfavorável nem benéfica ao réu, mas sim uma norma processual de competência como qualquer outra, dentro da margem conferida ao Poder Constituinte Derivado.

Diante dos vagos requisitos estabelecidos pelo novel dispositivo constitucional, e pela imprecisão do termo “grave violação de direitos humanos”, avulta-

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia, op. cit., p. 35-36.

²⁰ Ibidem, p. 37.

se de importância a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça para definir parâmetros mais ou menos objetivos para o deslocamento da competência.

Em 08 de junho de 2005 foi julgado o primeiro Incidente de Deslocamento de Competência – IDC 1/PA –, relacionado ao homicídio doloso da missionária Irmã Dorothy Stang no Estado do Pará. Neste julgamento, decidiu-se que “não há incompatibilidade do IDC com qualquer outro princípio constitucional ou com a sistemática processual em vigor”. Firmou-se, ainda, que o deslocamento de competência é medida excepcional (destaques do original):

A confiabilidade nas instituições públicas, constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar em casos como o presente – **Polícia, Ministério Público, Judiciário** – deve, **como regra**, prevalecer, ser apoiada e prestigiada, só afastando a sua atuação, a sua competência, **excepcionalmente, ante provas induvidosas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais ou materiais etc.** em levar a cabo a apuração e julgamento dos envolvidos na repugnante atuação criminosa, assegurando-se-lhes, no entanto, as garantias constitucionais específicas do devido processo legal.

Nesse sentido, tem-se também a doutrina de Gomes²¹, segundo a qual “o incidente [...] não pode ter o caráter de *prima ratio* (primeira providência que se toma em relação a um fato grave - por mais grave que seja). Só tem sentido quando pertinente para assegurar o cumprimento de obrigações internacionais”.

Por fim, no julgamento do IDC 1/PA, a Ministra Relatora estabeleceu os requisitos para a federalização da competência (destaques do original):

Em síntese. Além dos dois requisitos prescritos no § 5º do art. 109 da CF, quais sejam, (a) grave violação a direitos humanos e (b) assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais, é necessário, ainda, a presença de terceiro requisito, (c) a incapacidade (oriunda de inércia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais, materiais etc.) de o **Estado-membro, por suas instituições e autoridades**, levar a cabo, em toda a sua extensão, a persecução penal. Tais requisitos – os três – hão de ser **cumulativos** [...] Destarte, mesmo se fazendo presentes os **dois requisitos** previstos no § 5º do art. 109 da CF, a ausência do terceiro elemento que lhe é **naturalmente implícito**, para nós, afasta a sua concreta aplicação e, a par disso, **coloca o Brasil ao abrigo da eventual submissão a julga-**

²¹ GOMES, Luiz Flávio. “Federalização dos crimes graves”: que é isso? Portal LFG. fev. 2005. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050228122433147&mode=print> Acesso em: 05 abr. 2015.

mentos por Cortes Internacionais, porque ele não poderá ser acusado de ter-se omitido na investigação, julgamento e punição dos culpados, sempre fiel ao princípio da legalidade, pois um seu **Estado-membro**, com seu apoio, atua adequadamente em tal sentido.

Ao final, o pedido do Procurador Geral da República foi indeferido por não restar comprovada a inércia ou incapacidade das autoridades locais.

Em 27/10/2010 julgou-se o segundo Incidente de Deslocamento de Competência IDC 2/DF, no qual a relatora ratificou os requisitos firmados no julgamento anterior:

Dessume-se da norma constitucional que o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal fundamenta-se, essencialmente, em três pressupostos: (1) a existência de grave violação a direitos humanos; (2) o risco de responsabilização internacional decorrente do descumprimento de obrigações jurídicas assumidas em tratados internacionais; e (3) a incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas. Os dois primeiros estão expressos na Carta Magna; o terceiro se apresenta como consequência lógica daqueles. Afinal, só se justificaria a transferência da competência no caso de o Estado não estar cumprindo suas obrigações institucionais

No julgamento do IDC 2/DF, ficou comprovado que a vítima de assassinato, um advogado e vereador atuante contra grupos de extermínio da região da fronteira entre os estados da Paraíba e Pernambuco, não recebeu a proteção adequada pelas autoridades locais, embora consistentemente recomendada pelo Governo Federal, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Justiça Global. Assim, restou evidente a possibilidade de responsabilização internacional e a incapacidade das autoridades locais.

Ao proferir seu voto no IDC 5/PE, o terceiro julgamento desse tipo de incidente, em 13/08/2014, o Ministro Relator ratificou a necessidade de cumprimento dos três requisitos mencionados, todavia fez questão de salientar que “a ideia de excepcionalidade do incidente não pode ser tal grandeza a ponto de criar requisitos por demais estritos que acabem por inviabilizar a própria utilização do instituto de deslocamento”.

Analizando-se os critérios fixados pelo Superior Tribunal de Justiça para a federalização da competência, é possível concluir que os casos de tráfico de seres humanos são passíveis de ser objeto desse incidente.

O tráfico de pessoas é reconhecidamente uma das mais graves violações aos direitos humanos, afetando os direitos mais preciosos do indivíduo. Sendo assim,

ficaria difícil apontar um caso de tráfico de pessoas que não cumpriria, em tese, o primeiro requisito para o deslocamento da competência.

Quanto ao segundo requisito, é sabido que o Brasil assumiu o compromisso internacional de prevenir e combater o tráfico de pessoas. Sintetiza Castilho²²:

São muitos os instrumentos internacionais de direitos humanos que o Brasil ratificou e incorporou ao direito interno, principalmente após a Constituição de 1988. Especificamente, sobre o tema do tráfico de pessoas “para fins de prostituição”, o Brasil aderiu a acordos, protocolos ou convenções de 1904, 1910, 1921, 1933, 1937, 1947, 1948 e 1950. Sobre o tema do tráfico de pessoas para escravidão, o Brasil aderiu às convenções de 1926, 1930, 1956, 1957.

A eles somam-se a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, de 1994, e o tão mencionado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, de 2000. De sorte que é evidente o risco de responsabilização do Brasil no cenário internacional por não apurar corretamente casos de tráfico de pessoas.

Ressalte-se que os IDC 5/PE e 3/GO foram julgados procedentes, ainda que não estivessem envolvidos no caso os organismos internacionais de proteção aos direitos humanos. Entendeu-se que bastava a previsão em diplomas internacionais da possível responsabilização. No último incidente julgado pelo STJ – o IDC 3/GO –, o ministro relator justificou a presença do último requisito com o seguinte:

No que tange ao segundo requisito constitucionalmente positivado, cedoço que experimentamos a preocupação internacional com a efetiva proteção dos direitos e garantias individuais. Aliás, com a finalidade acima sublinhada foi firmado o acordo entre os povos para a garantia desses direitos, ajuste este conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, subscrito pela República Federativa do Brasil.

Assim, desde que cumprido o requisito implícito da “incapacidade das instâncias e autoridades locais em oferecer respostas efetivas”, é perfeitamente possível que um caso de tráfico de pessoas de competência da Justiça Estadual tenha sua competência deslocada para a Justiça Federal pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar Incidente de Deslocamento de Competência, se promovido pelo Procurador Geral da República, nos termos do art. 109, V-A, e §5º, da Constituição Federal.

²² CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Mudando o foco: do crime de tráfico de pessoas para o direito à migração. In: NOGUEIRA, Christiane V.; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato. (Orgs.) **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Paulinas, 2014. (Coleção cidadania). p. 16.

CONCLUSÃO

Em que pese esse tipo de crime causar graves violações aos direitos humanos, e apesar dos vários compromissos assumidos pelo Brasil de prevenir e combater esse mal, são parcós os tipos penais que trazem condutas relacionadas especificamente ao tráfico de pessoas – seguindo-se a definição dada pelo Protocolo de Palermo (Decreto nº 5.017/04).

São eles: os artigos 231 e 231-A do Código Penal, sobre o tráfico para exploração sexual; os artigos 206 e 207 do CP, sobre o aliciamento de trabalhadores para outra localidade; e, relacionados ao tráfico de menores, o artigo 245 do CP e os artigos 238 e 239 do ECA. Subsidiariamente, podem ser utilizados alguns tipos ligados à entrada irregular de estrangeiros no país para punir o tráfico internacional, ou pode-se tentar punir os traficantes de pessoas como partícipes dos crimes de exploração, com fundamento no art. 29 do CP.

Como o tráfico de seres humanos é um crime previsto em tratado ou convenção internacional – cumprindo-se, assim, um dos requisitos para o processo e julgamento serem de competência da Justiça Federal pelo art. 109, V, da CF –, o caráter de internacionalidade será o critério a definir a competência de Justiça para esses crimes. Assim, quando a execução do crime se iniciar no Brasil e o seu resultado ocorrer ou devesse ocorrer no estrangeiro, ou vice-versa, a competência para processar e julgar o delito será da Justiça Federal. Se, por outro lado, a execução e o resultado estiverem adstritos aos limites do território nacional, ou se ocorreram integralmente no estrangeiro e o Brasil decidir apurá-los com base no princípio da extraterritorialidade temperada, a Justiça Estadual será a competente.

Especiais são os casos de aliciamento de um local para outro do território nacional (art. 207 do CP) e os de redução à condição análoga à de escravo (art. 149 do CP). Estes, por entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, poderão ser de competência da Justiça Federal, se houve grave violação aos direitos humanos do trabalhador. Ainda que a execução e os efeitos estejam restritos ao território brasileiro, neste caso tais crimes são considerados contra a organização do trabalho, abrangidos pela hipótese do inciso VI do art. 109 da CF.

Desta análise resulta que a maioria dos tipos penais específicos de tráfico de pessoas são de competência da Justiça Federal, em que pese a Justiça Estadual ser residual em relação àquela.

E mesmo as reduzidas hipóteses de competência estadual poderão ter sua competência deslocada, com fundamento no inciso V-A e §5º do art. 109 da Cons-

tituição, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Isso porque o tráfico de homens, mulheres ou crianças constitui grave ofensa aos direitos humanos, e o comprometimento com o seu combate vem registrado em vários tratados e convenções internacionais – o que, em tese, possibilitaria responsabilização internacional do Estado Brasileiro em caso de descumprimento.

Sendo assim, se as autoridades estaduais estiverem sendo inertes, negligentes, desinteressadas ou carentes de estrutura para reprimir devidamente um determinado criminoso que traficou pessoas, poderá o Procurador Geral da República, se entender necessário, ajuizar o Incidente de Deslocamento de Competência perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual, de forma excepcional, poderá transferir a competência para o juízo federal.

É possível concluir, pois, que a Justiça Federal, além de ser a responsável pela repressão da maioria dos crimes relacionados ao tráfico de seres humanos no Brasil, poderá, por decisão do STJ, assumir a competência *a priori* estadual para garantir a escorreita persecução penal em desfavor dos responsáveis por esse atroz crime. Esse mecanismo permite ao Estado uma segunda chance para promover a punição por esses delitos tão graves – o que deve ser visto com bons olhos, pois é mais uma garantia de que esses fatos serão apurados e repreendidos com o merecido vigor.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernanda Alves dos; PIRES JÚNIOR, Paulo Abrão. Enfrentamento ao tráfico de pessoas no Brasil: perspectivas e desafios. In: NOGUEIRA, Christiane V.; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato. (Orgs.) **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Paulinas, 2014. p. 41-63. (Coleção cidadania).

BECHARA, Fábio Ramazzini. Tráfico de seres humanos: competência jurisdicional penal para o julgamento das violações aos direitos humanos. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 97-116.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 48^a edição. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva: 2013.

_____. Decreto nº 2.740, de 20 de agosto de 1998. Promulga a Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, assinada na Cidade do México em 18 de março de 1994. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/decreto/D2740.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. Decreto nº 5.017, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Preven-

ção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. **Estatuto do Estrangeiro**. Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6815.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

_____. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Legislação. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm> Acesso em: 08 abr. 2014.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. Mudando o foco: do crime de tráfico de pessoas para o direito à migração. In: NOGUEIRA, Christiane V.; NOVAES, Marina; BIGNAMI, Renato. (Orgs.) **Tráfico de Pessoas**. São Paulo: Paulinas, 2014. p. 15-30. (Coleção cidadania).

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. "Federalização dos crimes graves": que é isso? Portal LFG. fev. 2005. Disponível em: <http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050228122433147&mode=print> Acesso em: 05 abr. 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte especial, volume III. 11. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

KARAM, Maria Lúcia. **Competência no processo penal**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de competência criminal**. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da Justiça Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REZEK, Francisco. Prefácio. In: MARZAGÃO JÚNIOR, Laerte I. (Coord.) **Tráfico de pessoas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 7.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 2. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

LINHA EDITORIAL

FOCO E ESCOPO

Destinada à difusão do conhecimento científico e ao fortalecimento e aprofundamento dos vínculos entre acadêmicos, docentes e pesquisadores, a *Revista Direito UFMS* se encontra permanentemente aberta ao recebimento de trabalhos científicos com as mais diversas abordagens teóricas, práticas e metodológicas, inclusive interdisciplinares, que se enquadram no eixo temático *Direitos Humanos e Fundamentais*. Nesse sentido, o periódico científico aceita contribuições que identificam tais direitos e a maneira pela qual se materializam, que enfrentam as noções de liberdade, igualdade, solidariedade, cidadania, democracia e justiça social, bem como tecem análises sobre os mais diversos mecanismos jurídicos, sociais e políticos de garantia desses direitos nos planos internacional e interno.

SUBMISSÃO

Os trabalhos são recebidos em fluxo contínuo e devem ser encaminhados pelo endereço eletrônico <http://seer.ufms.br/index.php/revdir>.

FORMATAÇÃO

Os **artigos científicos**, sem a identificação do (s) autor (es), devem obedecer às normas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e deverão possuir os seguintes requisitos: a) Título em português e inglês: centralizado na página, letra maiúscula (caixa alta), negrito; b) Resumo de até 500 palavras em português e inglês: espaço simples, fonte 12, justificado; c) 03 (três) a 05 (cinco) palavras-chave em português e inglês, separadas por ponto e vírgula; d) Sumário (Introdução, desenvolvimento, conclusão e referências), com elementos numerados em algarismos árabicos, com exceção da introdução, conclusão e referências, que não devem vir numeradas; e) Número de laudas: 15 a 25 páginas; f) Os artigos

devem ser digitados em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; g) As referências às obras citadas devem seguir o sistema de referência numérica em nota de rodapé em fonte tamanho 10. h) As transcrições com até 03 (três) linhas, no corpo do artigo, devem ser encerradas entre aspas duplas. Transcrições com mais de 03 (três) linhas devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com fonte 11 e sem aspas; i) Ao final do texto, nas Referências deverão constar, exclusivamente, as obras citadas no artigo, uniformizadas, seguindo as normas vigentes da ABNT. As **resenhas críticas**, sem identificação do (s) autor (es) devem conter: a) Entre 02 a 10 laudas; b) Título e subtítulo (= artigo); c) As resenhas devem ser digitadas em: - Editor de texto: Microsoft Word - Formato: A4 (21,0 x 29,7 cm), posição vertical - Fonte: Times New Roman - Tamanho: 12 - Alinhamento: Justificado, sem separação de sílabas - Espaçamento entre linhas: 1,5 cm - Parágrafo: 1,25 cm - Margens: Superior e esquerda -3 cm; Inferior e direita -2 cm; d) A referência bibliográfica do material resenhado deve ser apresentada antes do texto da resenha; e) O corpo do texto deverá ser iniciado três linhas abaixo da referência bibliográfica do material resenhado; f) Os demais textos citados na resenha deverão aparecer em referência completa ao final da mesma e devem atender aos padrões da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas).

AVALIAÇÃO

Todos os trabalhos submetidos são avaliados, em primeiro lugar, pelo editor, que examina a adequação do trabalho à linha editorial da revista, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço

disponível para publicação. Após essa etapa, o texto é enviado a, no mínimo, dois pareceristas, pelo sistema *double blind peer review*, que garante a privacidade do (s) autor (es) e avaliadores, para que sejam analisados a sua forma e conteúdo, de acordo com os critérios previamente estabelecidos pelo Conselho Científico, e emitido o parecer a ser disponibilizado ao (s) autor (es) do trabalho. Importa destacar que os avaliadores da *Revista Direito UFMS* são doutores e docentes de diversas instituições e regiões do Brasil e exterior. Nesse sentido, no processo de avaliação, os comentários e sugestões são

enviados aos autores com vistas ao aprimoramento contínuo dos trabalhos acadêmicos e à adequação aos padrões exigidos pela revista.

DIREITOS AUTORAIS

Os trabalhos submetidos à publicação na *Revista Direito UFMS* devem ser inéditos e não devem estar sendo considerados em outro periódico. Os direitos autorais dos artigos e resenhas aceitas são cedidos à revista, que se reserva o direito de efetuar alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão e estilo da revista.