

REVISTA

DireitoUFMS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito

Direitos Humanos e Fundamentais

ANO 2018 – PUBLICAÇÃO SEMESTRAL ELETRÔNICA





FUNDAÇÃO
UNIVERSIDADE
FEDERAL DE
MATO GROSSO DO SUL

Reitor

Marcelo Augusto Santo Turine

Vice-Reitora

Camila Celeste Brandão Ferreira Ítavo

Pró-Reitora de Ensino e Graduação

Ruy Alberto Caetano Filho

Pró-Reitor de Pesquisa, Pós-Graduação e Inovação

Nalvo Franco de Almeida Júnior

Diretora da Faculdade de Direito

Ynes da Silva Félix

Coordenadora do Programa de Mestrado em Direito

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Curso de Graduação em Direito

Andréa Flores

REVISTA **Direito UFMS**

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

COORDENAÇÃO EDITORIAL DA REVISTA DIREITO UFMS

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

ASSISTENTES EDITORIAIS

Angela Jank Calixto

Doutoranda - USP/UFMS

Flávio Garcia Cabral

Doutor – PUC/SP

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>

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

Heleno 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 Araujo

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

Luiz Otavio 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

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

JVD

SUMÁRIO

EDITORIAL	5
Lívia Gaigher Bósio Campello Luciani Coimbra de Carvalho	
ARTIGOS	
EL AMPARO SOBERANÍA	7
Raúl Andrade Osorio	
KNOCKING AT THE DOOR OF THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS: HOW CAN THIS QUASI-JUDICIAL BODY BE BENEFICIAL TO MAURITIUS?	36
Roopanand Mahadew Darsheene Raumnauth	
BIODIVERSIDADE BRASILEIRA: BIOPIRATARIA E A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS	57
Luiz Ernani Bonesso de Araújo Maria Célia Albino da Rocha	
DOS DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS AO DIREITO: FATORES APLICÁVEIS E BREVE QUADRO JURÍDICO	74
Gabriel Antonio Silveira Mantelli	
DEBATES SOBRE O DIREITO E A MORAL À LUZ DOS PARADIGMAS DA MODERNIDADE	96
Samuel Meira Brasil Bruno Taufner Zanotti	
A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL E A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA	116
Rejane Alves de Arruda Andréa Flores Maria Paula Azevedo Nunes da Cunha Bueno	
A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O EXERCÍCIO DA PARENTALIDADE: O DIREITO À REPRODUÇÃO E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB A ÓTICA DA DIVERSIDADE FUNCIONAL	139
Carolina Valença Ferraz Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto	

DIREITO À DIFERENÇA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL	155
Fábio Marques Gonçalves Monise Pedreiro Machado	
UBERIZAÇÃO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL	177
Walkiria Martinez Heinrich Ferrer Lourival José de Oliveira	
A VIOLÊNCIA LEGÍTIMA SELETIVA: UMA ANÁLISE SOBRE O “PODER SOBRE” DO ESTADO NA REALIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL	195
Giovanni Olsson Valquíria Castaldi	
O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO COMO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS ÚLTIMOS 40 ANOS	209
Luiz Guilherme Arcaro Conci	
A JUSTIÇA PELAS LENTES DO CINEMA: O FILME “12 HOMENS E UMA SENTENÇA” E A CRÍTICA AO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO	230
Liziane Paixão Silva Oliveira Vilobaldo Cardoso Neto Pedro Meneses Feitosa Neto Alberto Hora Mendonça Filho	
AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE ACESSO AO PATRIMÔNIO	249
Alexander Perazo Nunes de Carvalho Renata Albuquerque Lima Célia Maria Rufino de Sousa	
JUSTIÇA RESTAURATIVA: SUA LEGITIMAÇÃO PELO CONCEITO DE PODER EM FOUCAULT	262
Ana Carla Pinheiro Freitas Victor Marcilio Pompeu	
O SISTEMA DE JUSTIÇA NEGOCIADA EM MATÉRIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA	279
Humberto Barrionuevo Fabretti Virgínia Gomes de Barros e Silva	
O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR COMO GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DESDOBRAMENTO DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA	298
Thais Xavier Ferreira da Costa Jose Sebastião de Oliveira	
LINHA EDITORIAL	319

EDITORIAL

Neste volume, a Revista Direito UFMS traz artigos de doutores (as), doutorandos (as), mestres (as) e mestrandos (as) de instituições das mais variadas partes do Brasil e de outros países, recebidos pelo Sistema Eletrônico de Edição de Revistas – SEER, *software* disponibilizado pelo IBICT, e avaliados pelo método *Double Blind Peer Review*. Além disso, conta com a gentil contribuição do ilustre professor estrangeiro convidado, o Dr. Raúl Andrade Osório, pesquisador vinculado à benemérita *Universidad Autónoma de Puebla* e à *Escuela Libre de Derecho de Puebla*, ambas do México.

Além do Professor convidado, destaca-se a inclusão do artigo em língua inglesa dos autores Roopanand Mahadew e Darsheenee Raumnauth, o primeiro vinculado à Universidade de Western Cape, em Cape Town, na África do Sul, bem como a contribuição de diversos autores das mais diversas regiões do Brasil, esta edição contando com a contribuição de autores de São Paulo, Rio Grande do Sul, Ceará, Pernambuco, Sergipe, Paraná, Santa Catarina e Mato Grosso do Sul.

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 – PPGD/DIR/UFMS, que busca honrar seu compromisso com a excelência da pesquisa jurídica e atender aos direcionamentos estabelecidos pela área do Direito

junto a 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, os artigos são registrados no sistema Digital Object Identifier – DOI. Igualmente, informamos que a Revista Direito UFMS está indexada no Latindex, Sumários.org, Oaji.net, Drji, Diadorim, Google Scholar, Redib, Worldcat, Ulrichs Web, Livre, Base e Sherpa/Romeo.

É também com alegria e satisfação que reiteramos que a Revista Direito UFMS, após processo de avaliação e seleção realizado pela Coordenação de Aperfeiçoamento do Pessoal de Nível Superior (CAPES), recebeu o importante selo Qualis B2. Esta certificação é uma evidente indicação do amadurecimento, melhoria e excelência alcançados pelo periódico.

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 e resenhas, em particular, aos assistentes editoriais que gentilmente contribuíram para a realização deste volume, Angela Jank Calixto e Flávio Garcia Cabral. Desejamos uma proveitosa leitura!

Campo Grande, inverno de 2018.

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

EL AMPARO SOBERANÍA O AMPARO SOBERANIA

Raúl Andrade Osorio

Secretario del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito del Poder Judicial la Federación de México, doctor en derecho, docente en los posgrados de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla y de la Escuela Libre de Derecho de Puebla y profesor en la extensión Puebla del Instituto de la Judicatura Federal. E-Mail: anzia10rao@icloud.com.

AUTOR CONVIDADO

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.6053>

Resumen: Este artículo tiene como objeto plantear un acercamiento a lo que debe entenderse en México como el amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia, con la finalidad de que sea más fácil de identificar cuándo las personas pueden acudir a este medio de tutela de derechos humanos por una eventual afectación por normas o actos emitidos por autoridades que se irrogan facultades que no les corresponden, para ello, en este trabajo se hace un esfuerzo de explicar la forma de gobierno federal mexicano, puesto que a partir de ello es más simple conocer este tema, en el entendido de que de manera tangencial se explican las facultades exclusivas, coexistentes, concurrentes e implícitas, dado que a partir de ellas es posible dilucidar si se está ante un problema de invasión. Además, se precisan algunos casos concretos en los que el Poder Judicial de la Federación de México resolvió casos en donde se plantearon vulneraciones a derechos fundamentales a partir de la irrogación de atribuciones; finalmente se sustentan las conclusiones del estudio de esta garantía procesal constitucional y su prospección.

Palabras clave: Control constitucional; Soberanía; Invasión de esferas; Federalismo; Federalismo dual; Órgano competente; Facultades exclusivas; Atribuciones prohibidas; Actos y normas de carácter general.

Resumo: O objetivo deste artigo é propor uma abordagem ao que deve ser entendido no México como a proteção da soberania ou invasão de esferas de competência, a fim de facilitar a identificação de quando as pessoas podem recorrer a esse meio de proteção dos direitos humanos, para uma eventual afetação por normas ou atos emitidos por autoridades que se conferem facultades que não correspondem a elas. Para isso, neste trabalho é feito um esforço para explicar a forma do governo federal mexicano, já que a partir disso é mais simples conhecer o tema, visto que de maneira tangencial se explicam as facultades exclusivas, coexistentes, simultâneas e implícitas, dado que a partir delas é possível elucidar se se está diante de um problema de invasão. Além disso, se precisam alguns casos concreto em que o Poder Judiciário da Federação do México resolveu casos em que ocorreram

violações de direitos fundamentais a partir da irrogação de atribuições; finalmente, as conclusões do estudo desta garantia processual constitucional e sua prospecção são sustentadas.

Palavras-chave: *Controle constitucional; Soberania; Invasão de esferas; Federalismo; Federalismo dualista; Corpo competente; Poderes exclusivos; Atributos proibidos; Atos e regras de natureza geral.*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La forma de gobierno federal mexicano. 3. Naturaleza jurídica y procesal del amparo soberanía. 4. Algunos casos en donde se ha planteado la invasión de esferas de competencia. Conclusión. Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El desarrollo del tema que es objeto de este artículo se refiere al juicio de amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia, esto es, cuando se reclama en la demanda alguna norma de carácter general o un acto de autoridad que hace uso de una facultad exclusiva que no le corresponde; también, puede suceder que una autoridad con base en un precepto pretenda vincular a otro ente gubernamental a realizar alguna cosa o le ordene abstenerse de ejercer sus atribuciones y, por ello, penetre un ámbito de facultades con las que no cuenta, esta garantía de derecho procesal constitucional puede promoverse como amparo indirecto o como amparo directo.

El amparo indirecto o también conocido como biinstancial es del conocimiento de los juzgados de distrito¹ y, en algunos casos muy específicos por los tribunales unitarios de circuito,² por su parte el amparo directo o uniinstancial es competencia de los tribunales colegiados de circuito.³

En ambos juicios es jurídicamente válido cuestionar actos de autoridad por invasión de esferas de competencia; como en este medio de control constitucional es factible impugnar normas de carácter general, *prima facie*, explicaremos su sistema de impugnación.

Así el juicio de amparo indirecto en contra de normas de carácter general procede con motivo de su entrada en vigor o cuando acaece su primer acto concreto de aplicación en perjuicio de la persona.⁴

¹ Vid. *Ley de Amparo*. "Artículo 35. Los juzgados de distrito y los tribunales unitarios de circuito son competentes para conocer del juicio de amparo indirecto."

² Vid. *Ley de Amparo*. "Artículo 36. Los tribunales unitarios de circuito solo conocerán de los juicios de amparo indirecto promovidos contra actos de otros tribunales de la misma naturaleza. Será competente otro tribunal del mismo circuito, si lo hubiera, o el más próximo a la residencia de aquél que haya emitido el acto reclamado."

³ Vid. *Ley de Amparo*. "Artículo 34. Los tribunales colegiados de circuito son competentes para conocer del juicio de amparo directo."

⁴ Vid. *Ley de Amparo*. "Artículo 107. El amparo indirecto procede: I. Contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del **primer acto de su aplicación** causen **perjuicio** al quejoso."

Las normas que irrogan perjuicio desde que entran en vigor en la jerga judicial de México se les nombra como autoaplicativas y aquellas que para que perjudiquen a las personas es necesario que exista un acto concreto de aplicación se les denomina heteroaplicativas.⁵

En caso de que la persona afectada cuestione la constitucionalidad de una norma autoaplicativa, las autoridades demandadas dentro del juicio de amparo indirecto serán aquellas que participaron en la promulgación del precepto que será sometido a control constitucional,⁶ esto es, la legislatura local o el congreso federal, así como los respectivos titulares del poder ejecutivo.

En el caso del amparo directo, solamente será legalmente factible ponderar la regularidad constitucional de normas con motivo de su aplicación concreta en perjuicio del afectado, esto es, en ningún caso será impugnabile un artículo o porción normativa con motivo de su entrada en vigor, pues el juicio de amparo uniinstancial solamente procede en contra de sentencias definitivas derivadas de un juicio o resoluciones que sin decidir el fondo del asunto den por concluida la controversia en sede judicial o jurisdiccional.⁷

El amparo indirecto solamente será procedente si se trata de primer acto concreto de aplicación en perjuicio, el cual debe ser considerado de imposible reparación material.⁸

En cambio, en el amparo directo es válido analizar una norma de carácter general por el primer acto o ulteriores aplicaciones,⁹ pero debe tratarse de actos de reparación posible.¹⁰

⁵ Para una mejor comprensión de la diferencia, *vid.* la jurisprudencia P./J. 55/97, de rubro: “Leyes autoaplicativas y heteroaplicativas. distinción basada en el concepto de individualización incondicionada.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Registro: 198200, Instancia: Pleno, Tomo VI, Julio de 1997, Materia(s): Constitucional, Común, p. 5.

⁶ *Vid. Ley de Amparo*. “Artículo 108. La demanda de amparo indirecto deberá formularse por escrito o por medios electrónicos en los casos que la ley lo autorice, en la que se expresará: III. La autoridad o autoridades responsables. En caso de que se impugnen normas generales, el quejoso deberá señalar a los titulares de los órganos de Estado a los que la ley encomiende su promulgación.”

⁷ *Vid. Ley de Amparo*. “Artículo 170. El juicio de amparo directo procede: I. Contra **sentencias definitivas**, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, **dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo**, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.”

⁸ *Vid. Ley de Amparo*. “Artículo 107. El amparo indirecto procede: I. Contra normas generales [...] con motivo del **primer acto de su aplicación** causen perjuicio al quejoso. III. Contra actos, omisiones o resoluciones provenientes de un procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, siempre que se trate de: b) Actos en el procedimiento que **sean de imposible reparación** [...]. V. Contra actos en juicio cuyos efectos **sean de imposible reparación...**”

⁹ Al respecto, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó la jurisprudencia de rubro: “Amparo directo contra leyes. no opera el consentimiento tácito cuando se reclama una norma aplicada en perjuicio del gobernado, a pesar de tratarse del segundo o ulterior acto de aplicación.”, publicada en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, registro: 2002703, jurisprudencia, Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo I, Materias: Común, tesis: P./J. 1/2013 (10a.), p. 5.

¹⁰ *Vid. Ley de Amparo*. “Artículo 170. El juicio de amparo directo procede: [...] Cuando dentro del juicio surjan cuestiones sobre constitucionalidad de normas generales que sean de reparación posible-”

Recapitulando, el amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia es procedente en las dos modalidades que existen en el amparo mexicano, o sea, en la vía indirecta y en la directa, por lo que se debe atender a la regla específica que cada vía prevé para poder cuestionar una norma de carácter general al plantear que se está ante una norma de carácter general usurpadora de facultades.

Ahora bien, en relación con los actos de autoridad, a nuestro juicio, solamente podría instarse al órgano jurisdiccional con un amparo de este tipo –invasión de esferas– en la vía indirecta.

Se sostiene este aserto, con base en que las cuestiones de competencia judicial o jurisdiccional –que son la fuente del amparo directo–, se resuelven por medio de una figura procesal denominada como conflicto competencial, la cual está presente en sede judicial (civil, familiar, mercantil, penal), como jurisdiccional (contencioso administrativa, agraria y laboral), en la inteligencia que cuando la controversia se entabla entre un órgano de la federación contra otro de un estado o viceversa, corresponde resolverlo al Poder Judicial de la Federación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 106 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹¹

Por lo tanto, en cuanto a actos usurpadores dentro de juicios contradictorios o contencioso administrativos no es procedente el amparo directo, sin que ello quiera decir que no existe tutela judicial efectiva, dado que se ha evidenciado que la Constitución previó otro medio procesal para dirimir esa controversia.

Una vez delimitado el objeto de estudio de este artículo, se considera pertinente explicar la forma de gobierno federal mexicano.

2 LA FORMA DE GOBIERNO FEDERAL MEXICANO

Para entender el federalismo mexicano es necesario tener presente que el 31 de enero de 1824, el Soberano Congreso Constituyente Mexicano expidió el *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*,¹² en la que en su artículo 5, la Nación adoptó un sistema de gobierno, entre otras cosas, federal, como se evidencia con la transcripción del precepto mencionado:

le por no afectar derechos sustantivos ni constituir violaciones procesales relevantes, solo podrán hacerse valer en el amparo directo que proceda contra la resolución definitiva.”

¹¹ Vid. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*: “Art. 106. Corresponde al Poder Judicial de la Federación, en los términos de la ley respectiva, dirimir las controversias que, por razón de competencia, se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre estos y los de los Estados o del Distrito Federal, entre los de un Estado y los de otro, o entre los de un Estado y los del Distrito Federal.”

¹² Soberano Congreso Constituyente Mexicano, *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*, México, Imprenta del Supremo Gobierno en palacio, 1824, p. 5 (se respetó la grafía de la época).

Art. 5. La nación adopta **para su gobierno** la forma de república representativa popular **federal**.¹³

La federación se integró por estados soberanos de la manera que se evidencia a continuación:

Art. 6. Sus partes integrantes son **estados** independientes, libres, y **soberanos**, en lo que exclusivamente toque á su administracion y gobierno interior, segun se detalla en esta acta y en la constitucion general.¹⁴

Con base en lo anterior, se tiene que lo federal, no es una forma de Estado, sino de gobierno; y lo federal no puede identificarse con el Estado, ni tampoco con la Nación (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Se hace esta precisión en virtud de que existen teorías del federalismo como forma de Estado, en la que se admite la existencia de dos soberanías, una para el Estado federal y otra para los estados miembros de dicha federación (DE TOCQUEVILLE, 1957), dejando sin solución teórica las exigencias del concepto mismo de soberanía, en donde la soberanía es una, es intransferible, indelegable, etcétera (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016), así como está presente la teoría de un federalismo por descentralización (DABÍN, 2003).

En el caso de México, se adoptó la teoría del federalismo como forma de gobierno, la cual a juicio del jurista José Barragán es magnífica, primero, porque permite resolver el problema de soberanía; en segundo lugar, permite **establecer una distribución del ejercicio del poder soberano**, idealmente hablando “perfecta”, en cuando menos dos áreas, en el área de los poderes federales, así como el área de los estados, o entidades locales; y, en tercer lugar, permite concluir con toda precisión diciendo que lo federal en México no es forma de Estado (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Ahora bien, la regulación de la forma de gobierno federal está prevista en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los cuales disponen lo siguiente:

DE LA SOBERANIA NACIONAL Y DE LA FORMA DE GOBIERNO

Art. 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de este. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar **la forma de su gobierno**.

¹³ *Idem.*

¹⁴ *Idem.*

Art. 40. Es voluntad del pueblo mexicano **constituirse en una República** representativa, democrática, laica, **federal**, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.

Art. 41. El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, **en los casos de la competencia de estos**, y por los de los Estados, **en lo que toca a sus regímenes interiores**, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, **las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal**.

De lo anterior, se desprende que, la Constitución Política prevé una forma de gobierno federal, cuyo principio es la distribución del poder soberano entre la federación y los estados (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Ahora bien, el ejercicio del poder debe atender a lo determinado en el Acta Constitutiva de la Federación, dado que ese es el verdadero Pacto de la Unión que firmaron los estados miembros de la federación mexicana, dado que, en él, se expresan las reglas fundamentales, según las cuales debe operarse práctica y formalmente la distribución del ejercicio del poder soberano, en el entendido de que por extensión debe entenderse también la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016), por ello, primero se explicó lo que se estipuló en el *Acta* y después lo que se prescribió en la Constitución.

En estricto sentido, si el Pacto de la Unión se confundiere y se hiciera una misma cosa con la Constitución, se pierde la perspectiva del origen y del sentido de lo federal; se difumina el sentido de lo que realmente es en México la federación, por ello, la conveniencia de no identificar el Pacto Federal con la Constitución, cuando menos en aquellos supuestos en los que se dio un texto distinto para el Pacto y otro para la Constitución (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

El vocablo *Acta constitutiva de la Federación*, tal vez como reza la versión manuscrita de ese documento (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016), es de por sí expresivo: alude a un documento solemne, a una resolución soberana de una asamblea legítima. En el supuesto particular, se trata de un pacto de unión, esto es, de un acuerdo de voluntades. Se trata en verdad, del acuerdo de varios estados libres independientes y soberanos, así como de varias diputaciones provinciales resueltas a transformarse en estados libres independientes y soberanos (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Luego, en México lo federal es un simple acuerdo de voluntades que constituye un Pacto de Unión, que tiene por objeto distribuir el ejercicio del poder soberano de una manera diferente a como se distribuye dicho ejercicio en un Estado Unitario (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

El pacto de la federación no puede ser otra cosa que una creación del derecho, tal y como lo explica el Derecho Romano, una *fictio iuris*, esto es, una creación formalizada en un acta constitutiva aprobada por una asamblea constituyente, expresamente legitimada para tal efecto, que creó una entidad diferente a lo que son los sujetos que la crearon (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Así las cosas, el gobierno federal no puede equipararse a un Estado porque el Pacto de la Unión no integra alguno de los elementos del Estado, como son la población o el territorio, sino que la unión es algo inmaterial, como que es un mero acuerdo de voluntades, ello se advierte de la simple lectura del artículo 6 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, el cual fue transcrito con antelación (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

La misma conclusión deriva, como lo sostiene el Doctor Barragán (2016), de la lectura de los dos primeros artículos del Capítulo II, Título Segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, los cuales precisan lo que se copia a continuación:

CAPÍTULO II: DE LAS PARTES INTEGRANTES DE LA FEDERACION Y DEL TERRITORIO NACIONAL

Art. 42. **El territorio nacional comprende:** I. El de las **partes integrantes de la Federación**; II. El de las islas, incluyendo los arrecifes y cayos en los mares adyacentes; III. El de las islas de Guadalupe y las de Revillagigedo situadas en el Océano Pacífico; IV. La plataforma continental y los zócalos submarinos de las islas, cayos y arrecifes; V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores; VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

Art. 43. **Las partes integrantes de la Federación son los Estados** de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán, Zacatecas y el Distrito Federal.

Como se ve, la federación es lo que integra a las partes que lo componen, es el elemento espiritual que une e integra; es la unión misma que se crea por el acuerdo de

voluntades, o pacto de la Federación, es el Pacto de la Unión. Mientras que el artículo 43 nos da los nombres de esas partes componentes (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

En cambio, territorialmente hablando, el Estado Mexicano o la Nación Mexicana es algo más, pues comprende no solo al territorio de las partes que integran a la federación, sino también los espacios de las restantes fracciones (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

Desde el punto de vista político, la federación es la entidad que fue creada por el pacto federal, formalizado histórica y originariamente por un documento público, muy solemne, más importante o tan importante como la Constitución, llamado así, *Acta Constitutiva de la Federación* del 31 de enero de 1824. Esto es la federación políticamente hablando, o sea, el componente político que aglutina a todas y cada una de las partes integrantes o signatarias de dicho pacto (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2016).

La federación es una creación jurídica, no tiene como esenciales ni al elemento territorial ni al elemento poblacional prueba de ello es que su sede o domicilio podrá cambiar en cualquier momento, según reza una previsión puesta desde 1824, sin que por este cambio mengüen o se altere la esencia de lo federal ni ninguna de sus características (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2009).

Así, la distribución del poder soberano que existe en la Constitución crea dos áreas u órbitas: la federal y las estatales, como receptoras de las diversas asignaciones competenciales (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2009).¹⁵

El reparto del poder soberano establece una serie de principios relativos a la competencia de cada área, en la inteligencia de que hay veces que existen atribuciones que son exclusivas de una órbita –la federación o los estados–, en otras la Constitución considera que cualquiera de ellas las puede ejercer o si una de ellas lo ejercita excluye a la otra.

O sea, el modelo de la forma de gobierno federal en México debe considerarse como dual, el cual parte de la concepción de que las competencias están distribuidas de manera estricta y separada, en el entendido que cualquier invasión es inconstitucional (CÁRDENAS GARCÍA, 2004).

Así, se puede sostener que se estará en presencia de competencias exclusivas de la federación en el marco de la Constitución de México en los siguientes supuestos:¹⁶

¹⁵ José Barragan, Barragán, alude al libro de Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, núm. 37, México, 1982.

¹⁶ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Enseñanza y Educación Superior,

2.1 Cuando se atribuye la materia en bloque a la federación, sin distinguir por tanto las diversas facultades que esta pueda asumir sobre aquélla;¹⁷

2.2 Cuando se atribuye a la federación no la materia en bloque, sino un determinado sector de la misma; por ejemplo, gasolina, energía, etc., es decir, la federación detenta competencias exclusivas de legislación, reglamentación y gestión;¹⁸

2.3 Cuando se atribuye a la federación un determinado tipo de potestades sobre una materia, como la legislación sobre la misma. Así, por ejemplo, cuando la fracción X¹⁹ del artículo 73 Constitucional habla de que el Congreso de la Unión tiene facultad para legislar en toda la República sobre comercio. En estos casos, la federación poseerá la competencia exclusiva de legislación sobre la materia en cuestión.²⁰

Fuera de estos tres supuestos, no estaremos en presencia de facultades exclusivas de la federación, sino de algún otro tipo de facultades, en que podrían subclasificarse las facultades expresas, por razón de los textos constitucionales que las prevén, y así, tendríamos:²¹

2.1.1 Facultades explícitas, que son precisamente las previstas en la enumeración que limitativamente establece la Constitución, con absoluta claridad;²²

2.1.2 Facultades implícitas, que son las que necesariamente deben utilizarse para poder ejercer las facultades explícitas, es decir, son los medios de valor instrumental necesarios para ejercer las facultades explícitas, siendo así, la razón de la existencia de la fracción XXX²³ del artículo 73 Constitucional;²⁴

A.C., amparo en revisión 1523/1999, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2000, por mayoría de seis votos, fue ponente Ministro Humberto Román Palacios, p. 66.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Idem.*

¹⁹ Art. 73. El Congreso tiene facultad: X. Para legislar en toda la República sobre hidrocarburos, minería, sustancias químicas, explosivos, pirotecnia, industria cinematográfica, comercio, juegos con apuestas y sorteos, intermediación y servicios financieros, energía eléctrica y nuclear y para expedir las leyes del trabajo reglamentarias del artículo 123.

²⁰ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Enseñanza y Educación Superior, A.C., amparo en revisión 1523/1999, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2000, por mayoría de seis votos, fue ponente Ministro Humberto Román Palacios, p. 67.

²¹ *Idem.*

²² *Idem.*

²³ Art. 73. El Congreso tiene facultad: XXX. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

²⁴ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Enseñanza y Educación Superior, A.C., amparo en revisión 1523/1999, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2000, por mayoría de seis

2.1.3 Facultades coincidentes, son aquéllas que la Constitución permite se ejerzan en forma simultánea, tanto por la federación, como por los estados versando sobre el mismo contenido o ámbito material;²⁵

2.1.4 Facultades coexistentes, son aquellas que, versando sobre la misma materia, su contenido ha sido dividido para su ejercicio entre la federación y los estados, delimitando el ámbito material de acción de cada autoridad;²⁶

2.1.5 Facultades concurrentes, las cuales suponen el ejercicio por parte de los estados de facultades otorgadas a la federación, siempre que no constituyan facultad exclusiva o no sean facultades prohibidas a los estados y no hayan sido ejercidas por la federación; se trata de facultades sucesivas y supletorias, y en caso de que la federación las ejerza, la actividad estatal queda abrogada por virtud de ese ejercicio.²⁷

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 124 constitucional²⁸ establece un régimen de facultades expresas, es decir, en tratándose de cualesquiera de los diversos tipos de facultades a que antes se ha hecho referencia, ya facultades explícitas, facultades implícitas, facultades coincidentes o bien, facultades coexistentes, deben estar expresamente establecidas en la Constitución para que puedan ejercerse.²⁹

Luego, la transgresión de las facultades por parte de la federación respecto de los estados o de los estados en relación con las prerrogativas de la federación es lo que motiva la existencia del amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia.

Esta área intangible es la que se pretende proteger a través del juicio de amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia, en el artículo 103, fracción II,³⁰ de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2009).

La soberanía interna de los estados es inviolable territorial y políticamente en relación con su régimen interior, por ello, es que los estados ejercen sus

votos, fue ponente Ministro Humberto Román Palacios, p. 67.

²⁵ *Ibidem*, pp. 67 y 68.

²⁶ *Ibidem*, p. 68.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Art. 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

²⁹ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Enseñanza y Educación Superior, A.C., amparo en revisión 1523/1999, resuelto en sesión de 9 de marzo de 2000, por mayoría de seis votos, fue ponente Ministro Humberto Román Palacios, p. 68.

³⁰ Art. 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que **vulneren o restrinjan la soberanía de los estados** o la esfera de competencia del Distrito Federal.

facultades de manera exclusiva sobre un espacio determinado, excluyendo de manera categórica y absoluta la intervención de cualesquiera otras autoridades. Francisco de Vitoria decía *alteri non subiecta* (VITORIA, 1965): porque no están subordinados los estados a ninguna otra autoridad (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2009).

Además del principio de la territorialidad, la Constitución emplea otros principios para ir haciendo la asignación concreta y particular de competencias en ambos órdenes, el federal y el estatal. En efecto, uno de estos criterios es el que toma en cuenta la naturaleza de las materias, para con fundamento en esa naturaleza, reconocer que determinadas materias corresponden de manera expresa y exclusiva a alguno de estos órdenes, prohibiendo la intervención a las autoridades de las demás órbitas (BARRAGÁN BARRAGÁN, 2009).

Las facultades exclusivas por materia pueden identificarse en los preceptos constitucionales que enuncian la atribución exclusiva de la federación o los estados de legislar alguna cuestión, de igual manera, se puede aplicar *contrario sensu* como criterio de distinción las facultades prohibidas a la federación y a los estados.

En suma, la forma de gobierno federal mexicano debe respetar la distribución del poder soberano que dispone la Constitución, en específico, para efectos de este artículo, entre las esferas federal y la de los estados –dentro de los que se incluyen a los municipios–, en la inteligencia de que el juicio de amparo tutela a la persona en contra de actos de autoridades que invadan facultades de cualquiera de esas dos órbitas o cuando se ejerza una atribución que está expresamente prohibida.

La importancia de identificar plenamente este tópico es fundamental, dado que el juicio de amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia es el medio de tutela de derechos humanos a través del cual se puede servir la persona para defenderse de un acto o de una norma que le causa un perjuicio, en el entendido de que para lograr que se ordene su invalidez es necesario demostrar que alguna autoridad de la federación invadió la esfera de competencia exclusiva de los estados o que un estado de la Unión irrumpió la órbita de actuación de una materia que la Constitución le prohibió expresamente ejercer o que en la Carta Magna se instituyó como exclusiva de los funcionarios federales.

Por último, es necesario precisar que en la forma de gobierno federal mexicano no existe una subordinación de las autoridades de los estados hacia los funcionarios de la federación, dicho de otro modo, los órdenes derivados de la Constitución son distintos en cuanto a su competencia, pero son iguales entre sí en el sentido en que ambos están subordinados, en la misma medida, a la propia

Constitución.³¹ Esto es el telón de fondo del juicio de amparo soberanía o por invasión de esferas de competencia.

Es posible apoyar lo que se ha precisado en torno a la no subordinación de las autoridades de órbitas distintas con la jurisprudencia siguiente:

LEGISLACIONES FEDERAL Y LOCAL. ENTRE ELLAS NO EXISTE RELACIÓN JERÁRQUICA, SINO COMPETENCIA DETERMINADA POR LA CONSTITUCIÓN. El artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no establece ninguna relación de jerarquía entre las legislaciones federal y local, sino que en el caso de una aparente contradicción entre las legislaciones mencionadas, esta se debe resolver atendiendo a qué órgano es competente para expedir esa ley de acuerdo con el sistema de competencia que la Norma Fundamental establece en su artículo 124. Esta interpretación se refuerza con los artículos 16 y 103 de la propia Constitución: el primero al señalar que la actuación por autoridad competente es una garantía individual, y el segundo, al establecer la procedencia del juicio de amparo si la autoridad local o federal actúa más allá de su competencia constitucional.³²

En este sentido, se evidencia que, en el Mexico, como se ha precisado, no hay ninguna relación de jerarquía entre la legislación federal y la local, hecho de gran importancia para el amparo soberanía.

3 NATURALEZA JURÍDICA Y PROCESAL DEL AMPARO POR INVASIÓN DE ESFERAS

El amparo en la modalidad en comento implica remontarse al Constituyente de 1857 para advertir cómo el referido juicio de amparo pretendió sustituir al medio de control previsto en los artículos del 22 al 24 del *Acta de Reformas* de 1847, que permitía a los congresos locales, invalidar las leyes federales y al Congreso de la Unión las leyes locales;³³ sin embargo, con la evolución de la legislación aplicable para la substanciación del juicio de amparo, desde la primera

³¹ *Cfr.* Exposición de motivos de la Ley para el Federalismo Hacendario del Estado de Puebla, *Periódico Oficial del Estado*, 28 de enero de 1998.

³² Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo VII, marzo de 1991, Materia(s): Constitucional, Tesis: 3a./J. 10/91, Octava Época, Registro: 207030, p. 56.

³³ Este medio de control constitucional en sede legislativa en la época se le conoció como recurso de anticonstitucionalidad, como se puede advertir en mi trabajo intitulado “La Suprema Corte de Justicia y el recurso de anti-constitucionalidad del Tratado de Guadalupe Hidalgo”, en ROMO VALEN西亚, Pablo Hernández; ESTRADA MICHEL, Rafael (Coord.). *Historia Jurídica Estudios en Honor al Profesor Francisco de Icaza Dufour*, Ed. Tirant lo Blanch, México, 2013.

Ley de Amparo de 1861 se fue gradualmente disminuyendo la posibilidad de que mediante el juicio de derechos fundamentales las autoridades impugnaran actos de otras autoridades por el simple hecho de considerar que con ello se vulneraba su esfera competencial (COELLO CETINA, 2011).

En relación con este supuesto de procedencia del juicio de derechos fundamentales, conviene señalar que desde el texto de la Constitución de 1857 y actualmente en las fracciones II y III del artículo 103 constitucional³⁴ se ha pretendido regular una hipótesis de este juicio atendiendo a la naturaleza de los planteamientos realizados en la demanda y no a la naturaleza del acto reclamado, con lo cual se incurre en un error de técnica procesal, e incluso se desatiende al criterio fijado constitucionalmente para tal fin, ya que lo relevante para esos fines es la naturaleza del acto que se reclama y no de los planteamientos que se hacen valer en la demanda (COELLO CETINA, 2011).

Las violaciones pueden provenir de cuatro órdenes de poderes: 1) de alguno de los tres poderes federales con respecto a cualquiera de los otros dos poderes federales; 2) de alguno de los tres poderes locales, con respecto a cualquiera de los otros dos poderes; 3) de los poderes de un Estado respecto a los de otro Estado; y, 4) de los poderes federales con respecto a los poderes locales y viceversa (TENA RAMÍREZ, 1999).

Con base en lo anterior, los autores que han estudiado este tema han considerado más propio fundar el amparo contra actos usurpadores de los poderes en la garantía del artículo 16, consistente en que nadie puede ser molestado sin mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; no es autoridad competente la que lleva a cabo un acto para el que no tiene facultades constitucionales, ni hay causa legal del procedimiento cuando se invoca un estatuto que, por ser contrario a la Constitución, no es ley (TENA RAMÍREZ, 1999).

De la lectura del artículo 103 constitucional, se advierte que con lo establecido en sus fracciones II y III, el constituyente encomendó a los Tribunales de la Federación el encargo de proteger, en beneficio de las personas, de manera que estos puedan acudir al juicio de amparo, las esferas de competencia de la federación y de los estados para mantener vigente al pacto federal, teniendo como base fundamental la no usurpación de funciones constitucionales entre las autoridades de estos; lo que implique que se observe y se cumpla con lo

³⁴ Art. 103. Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite: II. Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal. III. Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.

dispuesto, entre otros, por los artículos 73, 74, 76, 79, 80, 89, 94, 103 al 106, 115 al 124, 129 y 130 al 135 de la Constitución General de la República, que delimitan las facultades de las autoridades federales y estatales (TENA RAMÍREZ, 1999).

La procedencia del amparo indirecto con un planteamiento de invasión de esferas generó interrogantes que requirieron de la aclaración jurisprudencial sobre la vía para impugnar, por ejemplo, sentencias definitivas cuando se hacían valer invasiones de esferas (COELLO CETINA, 2011).

Así, destaca como sentencia que fijó el alcance de las fracciones I y II del artículo 103 constitucional –en la redacción de esa época–, la dictada en 1940 por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual se estableció que el referido supuesto de procedencia exigía que el quejoso se doliera de una violación a uno de sus derechos fundamentales, el cual debería plantearse como transgredido con motivo de la respectiva violación de esferas (COELLO CETINA, 2011).

El asunto de referencia generó la tesis siguiente:

GARANTÍAS INDIVIDUALES, BASE DEL AMPARO. El juicio de amparo fue establecido por el artículo 103 constitucional, no para resguardar todo el cuerpo de la Constitución, sino para proteger las garantías individuales; pues de su texto se desprende que el juicio de amparo se instituyó para resolver toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales. II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados, y, III. Por leyes o actos de las autoridades de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal. Como indica la fracción I son las garantías individuales las que están protegidas por el juicio de amparo, y, aunque en las fracciones II y III, se protege también, mediante el mismo, cualquier acto de autoridad federal que vulnere o restrinja la soberanía de los Estados, o de estos, cuando invadan la esfera de la autoridad federal, aun en tales casos, es propiamente la misma fracción I la que funciona, y no las II y III, supuesto que solo puede reclamarse en el juicio de amparo, una ley federal que invada o restrinja la soberanía de los Estados o de estos, que invadan la esfera de la autoridad federal, cuando exista un particular que como quejoso, reclame violación de garantías individuales y un caso concreto de ejecución, con motivo de tales invasiones, o restricciones de soberanías; es decir, **se necesita que el acto de invasión se traduzca en un perjuicio jurídico en contra de un individuo y que quien reclama en juicio de amparo, sea ese individuo lesionado**; por eso es que la sentencia en el amparo, cualquiera que sea la fracción del mencionado artículo 103 que funcione, será siempre tal, según la fracción I del 107, que solo se ocupe

de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que versó la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare.³⁵

Es menester hacer la precisión que algunas aseveraciones que contiene el precedente en mención han sido superadas en la actualidad, pero aun así, la tesis ilustra en el sentido de que para que prospere la acción de amparo en la modalidad materia de este trabajo, no basta que exista un acto de invasión o que alguna autoridad se arrogue una facultad que no le corresponda, sino que la *conditio sine qua non* es la existencia de un perjuicio jurídico en contra de una persona, así como que quien se vio afectado por ese acto autoritario sea el que promueva el juicio.

Así, por invasión de esferas, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha entendido a: **i.** los actos emitidos por una autoridad del poder público federal que comprendan facultades constitucionalmente reservadas a los estados, con las cuales penetre el ámbito de atribuciones que la Constitución establece o reserva en favor de estos; o viceversa. Es decir, **ii.** que la autoridad de un órgano del poder público local al emitir una ley o un acto, ejerza facultades constitucionalmente reservadas a la federación, penetrando con ello al ámbito de atribuciones del poder público federal. Tal consideración se funda en la vulneración, restricción o invasión de esferas presupone una usurpación de facultades o funciones que constitucionalmente corresponden en exclusiva, respectivamente, a la federación a los estados, de manera que corresponden al ámbito jurídico que la Carta fundamental establece en favor de otro (GÓNGORA PIMENTEL, 1999).

El criterio a que se ha hecho alusión se encuentra en la tesis de rubro: “Invasión de esferas. Cuando es competente el pleno de la suprema corte”.³⁶

Así las cosas, en este tipo de asuntos se tiende a salvaguardar el pacto federal al dirimirse conflictos de invasión de esferas que pudieran suscitarse entre la federación y los estados, cuyas autoridades no guardan relación de dependencia alguna (GÓNGORA PIMENTEL, 1999).

Lo anterior, *mutatis mutandi*, fue precisado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de rubro: “Invasión de esferas. No existe cuando se trata de atribuciones del distrito federal”.³⁷

³⁵ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, Registro: 327813, Tipo de Tesis: Aislada, Tomo LXX, Materia(s): Común, Constitucional, Página: 4719, esta tesis se citó como nota 11, en Coello Cetina, Rafael, 2011, p. 25.

³⁶ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Semanario Judicial de la Federación*, Época: Séptima Época, Registro: 232548, Tipo de Tesis: Aislada, Volumen 139-144, Primera Parte, Materia(s): Constitucional, Página: 193.

³⁷ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Informes*, Época: Séptima Época, Registro: 806226, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Informe 1984, Parte I, Materia(s): Constitucional,

Luego, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que para los efectos del amparo soberanía, la invasión de esferas tiene que implicar una violación a derechos fundamentales de la persona; además, dicha invasión consiste en el ejercicio, por la autoridad federal, de facultades reservadas a las entidades federativas, o por las autoridades de estas, de atribuciones constitucionales privativas de la federación.³⁸ Dicho de otro modo, a juicio de la Suprema Corte lo que el constituyente buscó es proteger a las personas de la actuación de las autoridades en ámbitos que no les corresponden.³⁹

Lo anterior, tiene sustento en la tesis de rubro: “Invasión de esferas de la federación a los estados y viceversa, amparo por”,⁴⁰ así como en la diversa de epígrafe: “Invasión de esferas. Incompetencia del tribunal pleno cuando el problema planteado no implica el posible ejercicio por la autoridad federal, de facultades reservadas a los estados, o por las autoridades de estos, de atribuciones constitucionales privativas de la federación”.⁴¹

Finalmente, es menester dejar asentado que en tratándose del juicio de amparo por invasión de esferas de competencia no existe la obligación a cargo de la persona de acudir ante las autoridades de las autoridades de la entidad invasora con el objeto de interponer recursos ordinarios, con el propósito que se modifique o revoque el acto que invade la esfera competencial de otra entidad. La Ley de Amparo y la Constitución –explica el Tribunal Pleno– únicamente prevén el juicio de derechos fundamentales para corregir una violación de esferas, por tratarse de actos de autoridades que directamente violan la Constitución, y las autoridades invasoras no tienen competencia, en estos casos, para dirimir controversias por violaciones constitucionales, el Poder Judicial Federal es el único órgano con facultades para resolver esas cuestiones, ya que se supone que la autoridad invasora viola disposiciones que rigen en una jurisdicción distinta a la que pertenece, y lesionan la esfera de aquella entidad, por lo que no existe razón para que en un conflicto de esa especie sea una autoridad superior de la invasora la que determine si se lesionan las atribuciones de la entidad no sujeta a su soberanía (GÓNGORA PIMENTEL, 1999).⁴²

Tesis: 5, Página: 315.

³⁸ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, expediente de contradicción de tesis número 137/2003-SS, suscitada entre los Tribunales Colegiados Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto, todos del Décimo Sexto Circuito, resuelta el 27 de febrero de 2004, por unanimidad de cuatro votos, ponente Ministro Juan Díaz Romero, p. 137.

³⁹ *Ibidem*, p. 140.

⁴⁰ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de la Nación de México, *Apéndice de 1995*, Quinta Época, Tomo I, Parte HO, Tesis: 389, p. 362.

⁴¹ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de la Nación de México, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tomo: 205-216, Primera Parte, p. 59.

⁴² El autor refiere que lo ahí sustentado emana de tres precedentes de la Séptima Época del *Semana-*

4 ALGUNOS CASOS EN DONDE SE HA ESTUDIADO LA INVASIÓN DE ESFERAS DE COMPETENCIA

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha sostenido que para que exista un amparo por invasión de esferas de competencia es menester dilucidar si las autoridades del estado al expedir determinadas normas o emitir algún acto están ejerciendo una facultad que constitucionalmente corresponde al ámbito de atribuciones reservadas a la federación o viceversa.

Lo anterior se evidencia con la tesis siguiente:

INVASIÓN DE ESFERAS. CONSTITUYE UN PROBLEMA DE ESTA NATURALEZA EL PLANTEAMIENTO RELATIVO A QUE EL MUNICIPIO, AL REGLAMENTAR LAS NORMAS, HORARIOS Y TARIFAS A QUE DEBEN SUJETARSE LAS NEGOCIACIONES MERCANTILES, ESTÁ LEGISLANDO EN MATERIA DE COMERCIO. El planteamiento del quejoso relativo a que el municipio, al reglamentar en el Bando de Policía y Buen Gobierno y en los reglamentos municipales, las normas, horarios y tarifas a que debe sujetarse el ejercicio de actividades comerciales, industriales o de servicios, está legislando en materia de comercio, no obstante que esta facultad está reservada a la Federación por el artículo 73, fracción X, constitucional, constituye un problema de invasión de esferas, pues independientemente de que sea fundado o infundado, lo que llevaría a la concesión o negativa del amparo, no se trata del mero dicho del quejoso sobre un problema de tal naturaleza, sino de determinar si autoridades del poder público local, al expedir determinadas leyes, están o no ejerciendo una facultad que constitucionalmente corresponde al ámbito de atribuciones reservadas a la Federación.⁴³

El primer caso que se seleccionó para este apartado se refiere al cuestionamiento que en su oportunidad realizó una persona respecto de las facultades para legislar en materia de comercio.⁴⁴

A juicio de la quejosa el Congreso del Estado de Jalisco al imponer un impuesto al hospedaje transgredió la facultad exclusiva de la federación prevista en el artículo 73, fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos porque se legisló en materia de comercio la cual era exclusiva de la

rio Judicial de la Federación, Volumen 103-108, Primera Parte, Materia(s): Constitucional, Común, p. 163, la tesis aparece con el rubro: "Invasión de esferas. No existe obligación de agotar los recursos ordinarios antes de acudir al amparo".

⁴³ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Época: Octava Época, Registro: 205543, Instancia: Pleno, Tipo de Tesis: Aislada, Núm. 70, octubre de 1993, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P. LI/1993, Página: 29.

⁴⁴ Se trata del amparo en revisión 2312/1996, del índice del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, interpuesto por Hotelera Los Tules, S.A. de C.V., resuelto en sesión de 10 de junio de 1997, por unanimidad de votos, fue ponente el Ministro Juan Díaz Romero.

federación; la inconforme consideró que la prestación de servicios de hospedaje,⁴⁵ esto es, el otorgamiento de albergue a cambio de una contraprestación, sea cual fuese la denominación que esta tuviera, era una actividad comercial, por lo tanto, no podía ser materia de carga tributaria por parte del Estado de Jalisco.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió que el Congreso del Estado de Jalisco no invadió la esfera de competencia de la federación porque tratándose de contribuciones referidas a la materia de comercio interno no era exclusiva de la federación, sino una atribución concurrente con los estados.⁴⁶

Ello, toda vez que la tributación sobre la actividad comercial interna en general, y el acto de comercio, en particular hospedaje, no era una facultad exclusiva del Congreso de la Unión, por lo que en términos del artículo 124 constitucional, debería entenderse que también participaban de la posibilidad de ejercerla los estados.⁴⁷

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México invocó la tesis siguiente:

COMERCIO, LA FACULTAD TRIBUTARIA GENÉRICA SOBRE TAL MATERIA NO ES PRIVATIVA DE LA FEDERACIÓN, SINO QUE TAMBIÉN CORRESPONDE A LOS ESTADOS (LEY DEL IMPUESTO ESPECIAL A LAS INDUSTRIAS CONGELADORAS DE MARISCOS, DEL CONGRESO DE SINALOA, DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1967, PUBLICADA EL 12 DE OCTUBRE DEL MISMO AÑO). La atribución concedida al Congreso de la Unión por el artículo 73, fracción X, de la Constitución Federal, para legislar en toda la República sobre comercio, no significa que esta materia genérica constituya una fuente de imposición reservada exclusivamente a la Federación, toda vez que la interpretación sistemática de tal precepto, en relación con lo establecido por los artículos 73, fracciones IX y XXIX y 117, fracciones IV, V, VI y VII de la Constitución General de la República, así como su interpretación histórica (artículo 72, fracción

⁴⁵ La quejosa reclamó la inconstitucionalidad de los artículos los artículos 56, 57, 58, 59 y 61 de la Ley de Hacienda del Estado, publicados mediante decreto 16082, publicado en el *Periódico Oficial del Estado de Jalisco* el 2 de mayo de 1996. El artículo 56 disponía lo siguiente: Artículo 56. Es objeto de este impuesto, la prestación de servicios de hospedaje, en las edificaciones regidas por la modalidad de uso en tiempo compartido, hoteles, moteles, campamentos y paraderos de casas rodantes, en inmuebles ubicados en el Estado de Jalisco. Asimismo, para los efectos de este impuesto, se entiende por prestación de servicios de hospedaje, el otorgamiento de albergue a cambio de una contraprestación, sea cual fuere la denominación que esta tenga.

⁴⁶ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 2312/1996, Hotelera Los Tules, S.A. de C.V., 10 de junio de 1997.

⁴⁷ *Idem*.

X, de la Constitución de 1857 y su reforma de 14 de diciembre de 1883), conducen a concluir que la facultad de imponer tributos sobre la materia de comercio en general, también corresponde a los Estados. En cuya razón, la Ley del Impuesto Especial a las Industrias Congeladoras de Mariscos, contenida en el Decreto 171 del Congreso de Sinaloa, no viola los preceptos citados.⁴⁸

El más Alto Tribunal de la Nación mexicana precisó que la facultad tributaria concurrente surgía a partir de la Constitución y permitía a los estados gravar la actividad de hospedaje, puesto que también los estados podían legislar en relación con contribuciones referidas a la materia de comercio interno.⁴⁹

Derivado de lo anterior, se emitió la jurisprudencia siguiente:

COMERCIO. LA POTESTAD TRIBUTARIA EN TAL MATERIA ES CONCURRENTE CUANDO RECAE SOBRE COMERCIO EN GENERAL, Y CORRESPONDE EN FORMA EXCLUSIVA A LA FEDERACIÓN CUANDO TIENE POR OBJETO EL COMERCIO EXTERIOR, POR LO QUE LAS CONTRIBUCIONES LOCALES QUE RECAIGAN SOBRE AQUÉL NO IMPLICAN UNA INVASIÓN DE ESFERAS. De la interpretación sistemática de los artículos 31, fracción IV, 73, fracciones VII, X y XXIX y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que la potestad para establecer contribuciones cuya hipótesis de causación consista en un hecho relacionado con el comercio en general es concurrente entre la Federación y los Estados, ya que si bien la fracción X del artículo 73 constitucional reserva al Congreso de la Unión la facultad para legislar en esa materia, debe estimarse que al establecer el Poder Revisor de la Constitución, en la fracción XXIX del propio precepto, las materias reservadas a la Federación para imponer contribuciones sobre ellas, dividió la competencia constitucional para el ejercicio de la función legislativa y sus respectivas esferas, delimitando las de su ámbito genérico en la fracción X, cuyo campo de aplicación es extenso –en el caso del comercio, legislar en todo lo conducente a la negociación y tráfico que se realiza comprando, vendiendo o permutando géneros, mercancías o valores e inclusive sobre los aspectos relativos a los procedimientos destinados a tutelar los derechos que emanen de tal actividad–, y las esferas de un ámbito legislativo específico, el referente al ejercicio de la potestad tributaria, en la mencionada fracción XXIX, para lo cual determinó en forma precisa sobre qué materias o actividades solo la Federación puede fijar tributos, dentro de las que no

⁴⁸ Semanario Judicial de la Federación, Volumen 68, Primera Parte, Séptima Época, p. 19.

⁴⁹ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo en revisión 2312/1996, Hotelera Los Tules, S.A. de C.V., 10 de junio de 1997.

se ubica el comercio en general, sino únicamente el comercio exterior; por ello, si se considerara que en ambas fracciones se otorga una esfera de competencia exclusiva para el ejercicio de la potestad tributaria del Congreso de la Unión, se tornaría nugatoria la separación de ámbitos legislativos plasmada en la Constitución. Por tanto, los actos legislativos de carácter local a través de los cuales se establecen contribuciones que gravan un hecho relacionado con el comercio en general, no invaden la esfera de competencia reservada a la Federación y respetan, por ende, el artículo 133 constitucional.⁵⁰

En el segundo caso, una persona jurídica colectiva solicitó a un ayuntamiento una autorización para vender bebidas alcohólicas dentro de los locales en donde se proyectaban películas, en el entendido de que la respuesta a la solicitud fue negada a partir de lo establecido en el artículo 21 del Reglamento de Espectáculos del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León.⁵¹

El numeral en cita disponía lo siguiente:

Artículo 21. Queda estrictamente prohibido, introducir o vender bebidas alcohólicas en el interior de los cines.

La quejosa alegó que el Reglamento de Espectáculos de San Pedro Garza García Nuevo León vulneraba los artículos 16 y 115, fracción II,⁵² de la

⁵⁰ Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Época: Novena Época, Registro: 196883, Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Tomo VII, febrero de 1998, Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 15/98, Página: 35.

⁵¹ El asunto está identificado como amparo directo en revisión 5858/2014, interpuesto por Latin America Movie Theatres, S.A.P.I. de C.V., el cual fue resuelto el 2 de septiembre de 2015, por unanimidad de cuatro votos, ponente ministro Alberto Pérez Dayán.

⁵² Art. 115. Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes: **II.** Los municipios estarán investidos de personalidad jurídica y manejarán su patrimonio conforme a la ley. (...) Los ayuntamientos tendrán facultades para aprobar, de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las legislaturas de los Estados, los bandos de policía y gobierno, los reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal. (...) El objeto de las leyes a que se refiere el párrafo anterior será establecer: a) Las bases generales de la administración pública municipal y del procedimiento administrativo, incluyendo los medios de impugnación y los órganos para dirimir las controversias entre dicha administración y los particulares, con sujeción a los principios de igualdad, publicidad, audiencia y legalidad; b) Los casos en que se requiera el acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de los ayuntamientos para dictar resoluciones que afecten el patrimonio inmobiliario municipal o para celebrar actos o convenios que comprometan al Municipio por un plazo mayor al periodo del Ayuntamiento; c) Las normas de aplicación general para celebrar los convenios a que se refieren tanto las fracciones III y IV de este artículo, como el segundo párrafo de la fracción VII del artículo

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debido a que conforme a este último numeral los municipios solo podían expedir bandos municipales de policía y buen gobierno que regulasen la administración pública municipal, lo relacionado a servicios públicos y la participación ciudadana y vecinal y que, en el caso, se estaba en presencia de **un municipio que usurpó funciones del poder legislativo al emitir un reglamento autónomo que prohíbe la venta de bebidas alcohólicas en los cines.**⁵³

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México precisó que el Tribunal Pleno en una ejecutoria anterior había destacado que los municipios estaban facultados para expedir normas reglamentarias que se caracterizaban por tener un contenido material propio, así como por su expansión normativa al permitir a cada municipio adoptar una variedad de formas adecuadas para regular su vida interna, tanto en lo referente a su organización administrativa, servicios y en aquellas materias que les correspondieran constitucional o legalmente a los municipios, esto es, reglamentos “autónomos” derivados de la facultad otorgada en el artículo 115, fracción II, segundo párrafo, constitucional, los cuales no eran ordenamientos reglamentarios de una ley local, sino reglamentos que regulaban una materia específica encomendada constitucional o legalmente al municipio.⁵⁴

Así las cosas, la Segunda Sala indicó que la legislatura del Estado de Nuevo León emitió la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal de esa entidad federativa, en la que se limitó a fijar las bases generales que refiere el artículo 115, fracción II, segundo párrafo, constitucional, para definir un marco normativo homogéneo dentro del cual los municipios de dicho estado ejercieran sus facultades reglamentarias.⁵⁵

La Segunda Sala del más Alto Tribunal de México al interpretar sistemáticamente diversos artículos de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del

116 de esta Constitución; d) El procedimiento y condiciones para que el gobierno estatal asuma una función o servicio municipal cuando, al no existir el convenio correspondiente, la legislatura estatal considere que el municipio de que se trate esté imposibilitado para ejercerlos o prestarlos; en este caso, será necesaria solicitud previa del ayuntamiento respectivo, aprobada por cuando menos las dos terceras partes de sus integrantes; y e) Las disposiciones aplicables en aquellos municipios que no cuenten con los bandos o reglamentos correspondientes. (...) Las legislaturas estatales emitirán las normas que establezcan los procedimientos mediante los cuales se resolverán los conflictos que se presenten entre los municipios y el gobierno del estado, o entre aquéllos, con motivo de los actos derivados de los incisos c) y d) anteriores.

⁵³ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, amparo directo en revisión 5858/2014, Latin America Movie Theatres, S.A.P.I. de C.V., 2 de septiembre de 2015, pp. 33 y 34.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 39 a 41.

⁵⁵ *Idem*.

Estado de Nuevo León resolvió que los ayuntamientos de los municipios del Estado de Nuevo León no solo estaban facultados legalmente para aprobar reglamentos en materia de esparcimiento, sino que también, era de su responsabilidad fomentar la generación de actividades de sano esparcimiento en su demarcación.⁵⁶

En suma, a juicio del órgano jurisdiccional en cita, no podía estimarse que la autoridad municipal con la medida cuestionada hubiese excedido los límites de la competencia reglamentaria que le imponía la Constitución, porque el Reglamento de Espectáculos impugnado no contradecía algún texto expreso de la ley en materia de venta y consumo de alcohol estatal; sino que, por el contrario, se ajustaba a las bases normativas previstas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León, por lo que no se vulneraba el artículo 16 de la Constitución Federal por invasión de esferas competenciales.

Las razones antes mencionadas generaron la tesis que se transcribe a continuación:

INTRODUCCIÓN O VENTA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS EN EL INTERIOR DE LOS CINES. EL ARTÍCULO 21 DEL REGLAMENTO DE ESPECTÁCULOS DEL MUNICIPIO DE SAN PEDRO GARZA GARCÍA, NUEVO LEÓN, QUE PROHÍBE ESAS ACTIVIDADES, NO VULNERA LOS DERECHOS DE LEGALIDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA POR INVASIÓN DE ESFERAS COMPETENCIALES ENTRE LOS ÓRDENES DE GOBIERNO ESTATAL Y MUNICIPAL. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional 14/2001 (*), sostuvo que los Municipios están facultados para expedir, entre otras, normas reglamentarias derivadas de la fracción II, segundo párrafo, del artículo 115 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales deben aprobarse de acuerdo con las leyes en materia municipal que deberán expedir las Legislaturas de los Estados y que se caracterizan por tener un contenido material propio, así como por su expansión normativa, al permitir a cada Municipio adoptar una variedad de formas adecuadas para regular su vida interna, tanto en lo referente a su organización administrativa, como en lo relativo a los servicios y en aquellas materias que les correspondan constitucional o legalmente. Sobre esa base, de la interpretación sistemática de los artículos 26, inciso d), fracción II, 160, 161 y 162 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal del Estado de Nuevo León, se advierte que los Ayuntamientos de esa entidad no solo están facultados legalmente para aprobar reglamentos en materia de esparcimiento, sino que también, de acuerdo a las bases mínimas establecidas en dicha ley, es su responsabilidad fomentar la generación de actividades de sano

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

esparcimiento en su demarcación. De esta manera, el numeral 21 del Reglamento de Espectáculos del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León, que prohíbe introducir o vender bebidas alcohólicas en el interior de los cines, en relación con el artículo 26, inciso d), fracción II, aludido, constituye una disposición que se encuentra dentro de la estructura normativa de los planes en materia de esparcimiento público; de ahí que no vulnera los derechos de legalidad y seguridad jurídica reconocidos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por invasión de esferas competenciales entre los órdenes de gobierno estatal y municipal. Al respecto, no puede estimarse que con la medida cuestionada la autoridad municipal haya excedido los límites de su competencia reglamentaria que le impone la Constitución, ya que ese precepto reglamentario no contradice la Ley Orgánica de la Administración Pública Municipal ni la Ley para la Prevención y Combate al Abuso del Alcohol y de Regulación para su Venta y Consumo, ambas del Estado de Nuevo León, sino que, por el contrario, se ajusta a las bases normativas previstas en dicha legislación orgánica municipal.⁵⁷

Finalmente, otro ejemplo de un amparo por invasión de esferas de competencia deriva del cobro del derecho de alumbrado público por parte de los municipios cuando en sus leyes de ingresos se disponga que la base de esa contribución las tarifas que se pagan por consumo de energía eléctrica, en el entendido de que como quien emite la normatividad para los ayuntamientos es el congreso de la entidad federativa respectiva, es dicho ente legislativo el que invade la esfera de atribuciones de la federación.⁵⁸

En ese caso, el más Alto Tribunal de México sostuvo que el artículo 73, fracción XXIX, inciso 5) subinciso a), de la Constitución Federal disponía que correspondía en exclusiva al Congreso de la Unión imponer contribuciones sobre el consumo de energía eléctrica, empero, el artículo 17, de la Ley de Ingresos Municipales del Estado de Michoacán para mil novecientos setenta y ocho,⁵⁹ preveía la obligación de pagar al consumidor un derecho destinado al pago y el

⁵⁷ Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Época: Décima Época, Registro: 2010154, Tipo de Tesis: Aislada, Libro 23, octubre de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Tesis: 2a. CII/2015 (10a.), Página: 2084.

⁵⁸ *Vid.* Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, amparo en revisión 3014/79, promovido por Industrias Químicas de México, S.A., resuelto el 28 de septiembre de 1982, por unanimidad de dieciséis votos.

⁵⁹ El precepto estatúa lo siguiente: “Artículo 17. **Los consumidores de energía eléctrica**, con excepción de los que operen bombas de agua potable y negras, molinos de nixtamal y para usos agrícolas, **causarán un derecho del 10 % sobre su consumo mensual**, el que se destinará al pago y mejoramiento del servicio de alumbrado público. Las empresas suministradoras harán la retención correspondiente, consignando el cargo en los recibos que expidan por el consumo ordinario, informando de las recaudaciones respectivas.”

mejoramiento del servicio de alumbrado público a partir del consumo mensual de fluido eléctrico.⁶⁰

En relación con lo anterior, el Tribunal Pleno sostuvo que al existir una reserva expresa de facultades en favor del poder legislativo federal en cuanto a establecer contribuciones en materia de energía eléctrica, ello implicaba que los estados constitucionalmente no podían establecer alguna carga tributaria, cualquiera que fuese la denominación que le asignaran.⁶¹

Con base en lo anterior, se concluyó que la Ley de Ingresos Municipales del Estado de Michoacán en mención, al establecer en su artículo 17 una contribución sobre el consumo de energía eléctrica invadía la esfera de atribuciones de la autoridad federal y con ello violaba en perjuicio de la quejosa, los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 y 16 constitucionales.⁶²

Los razonamientos anteriores generaron la jurisprudencia siguiente:

ALUMBRADO PÚBLICO, DERECHOS POR SERVICIO DE. LAS LEYES O CÓDIGOS LOCALES QUE ESTABLECEN COMO REFERENCIA PARA SU COBRO LA CANTIDAD QUE SE PAGA POR EL CONSUMO DE ENERGÍA ELÉCTRICA SON INCONSTITUCIONALES PORQUE INVADEN LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LA FEDERACIÓN. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73, fracción XXIX, inciso 5º, subinciso a), de la Constitución, es facultad del Congreso de la Unión establecer contribuciones sobre el consumo de energía eléctrica; ahora bien, cuando en los códigos y leyes locales se prevé que los derechos por servicio de alumbrado público se calculen tomándose como base la cantidad que se paga por consumo de energía eléctrica, en realidad se establece un gravamen sobre dicho consumo y no un derecho previsto por la legislación local. En efecto, debe existir una relación lógica entre el objeto de una contribución y su base, principio que se rompe en casos como estos, pues ninguna relación hay entre lo que se consume de energía eléctrica y la cantidad que debe pagarse por el servicio de alumbrado público, debiendo concluirse que en realidad se trata de una contribución establecida por las legislaturas locales al consumo de fluido eléctrico, con lo cual invaden la esfera de facultades exclusivas de la Federación y contravienen la Constitución General de la República.⁶³

⁶⁰ *Vid.* Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, amparo en revisión 3014/79, promovido por Industrias Químicas de México, S.A., resuelto el 28 de septiembre de 1982, por unanimidad de dieciséis votos.

⁶¹ *Idem.*

⁶² *Idem.*

⁶³ Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Registro 206077, Jurisprudencia, Tomo I, Primera Parte-1, Materia: Administrativa,

Como se ve, se está en el caso del artículo 103, fracción III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como del diverso 1, fracción III, de la Ley de Amparo, porque la norma general fue promulgada por una legislatura de un estado, la cual invade la esfera de competencia exclusiva de la autoridad federal.

CONCLUSIÓN

El juicio de amparo por invasión de esferas de competencia es un medio de tutela de derechos humanos perteneciente al derecho procesal constitucional que tiene como finalidad preservar incólume el Pacto Federal, esto es, que la distribución del ejercicio del poder soberano en el área de los poderes federales, así como el área de los estados, sea respetada por las autoridades pertenecientes a cada orden de gobierno.

Si bien es verdad que esta garantía de derecho procesal constitucional *prima facie* protege el ámbito de actuación de las autoridades soberanas, lo cierto es que la acción de amparo se activa cuando el acto usurpador causa perjuicio a las personas, pues ello, es la causa eficiente para promover en sede constitucional y solicitar la restitución del derecho fundamental conculcado.

En este orden de ideas, el amparo soberanía coadyuva a mantener en su sitio a las autoridades que pretendan actuar fuera del marco constitucional, lo que redundaría en que la garantía actúe protagónicamente en el sistema de pesos y contrapesos que se ha idealizado al emitirse una Constitución.

El conocimiento más profundo de este tema por parte de la comunidad jurídica es necesario porque amplía el espectro de protección y tutela de derechos humanos, ya que no todos los actos de autoridad tienen vicios propios, en muchas ocasiones la transgresión está en la norma que basa la actuación de las autoridades, por lo que, si no se reclama la actuación legiferante, es probable que ese acto se valide porque su análisis se circunscribió a la aplicación de la norma, sin que haya sido ponderada la usurpación de facultades en que eventualmente incurriese el poder legislativo.

En diverso tenor, el tener una idea clara del funcionamiento y campo de protección del amparo soberanía también abona en la defensa de los derechos humanos cuando son los actos de la autoridad y no las normas de carácter general las que penetran en ámbitos que les está vedado actuar.

Esto es, la tutela es factible tanto por actos de autoridad, como por normas de carácter general, de lo que se sigue que es importante diferenciar cuándo

Constitucional, tesis P. 6, p. 134.

la invasión de esferas de competencia se verifica por las legislaturas al tratar de normar cuestiones que no son de su competencia o cuando una autoridad administrativa, judicial o jurisdiccional penetra el ámbito de facultades que no tiene al emitir una orden concreta.

El primer caso se verifica cuando un congreso de un estado legisla sobre una materia que no es de su competencia, como en el caso que hemos aludido, en el que se expidió un tributo en que se gravó el consumo de energía eléctrica.

La segunda hipótesis podemos ejemplificarla cuando un juez con motivo de un asunto que tiene a su cargo ordena que se le devuelva a una persona un vehículo que es de su propiedad y, en uso de una atribución que carece dispone que no se cobren las contribuciones que se hubiesen generado con motivo del resguardo de la unidad vehicular.

Lo anterior, se consideraría una invasión de facultades en razón de que solamente las autoridades fiscales son quienes cuentan con las prerrogativas para exentar del pago de los tributos y, cabe resaltar que en este caso, la penetración usurpadora se daría entre autoridades pertenecientes a la misma entidad federativa, lo cual no sería óbice para la procedencia del amparo, dado que el espectro tutelar de esta garantía de derecho procesal constitucional sí tiene ese rango de actuación.

La idea de esbozar este escenario solamente es demostrar que también las autoridades cuando emiten actos, están en posibilidad de expedir actos que invaden esferas de competencia dentro del mismo estado, o sea, el amparo soberanía también protege el régimen interior de las entidades federativas.

Así las cosas, el espectro protector del amparo soberanía es amplísimo ya que comprende normas de carácter general, así como actos concretos de autoridad, en la inteligencia que la colisión por intromisión de áreas de actuación susceptible de protegerse es amplísimo, dado que abarca todos los ámbitos soberanos en que se divide el ejercicio de la forma de gobierno federal.

El uso reiterado de esta garantía procesal coadyuvará a mantener a los entes del Estado mexicano dentro de su órbita de actuación, lo cual es harto importante porque se contribuye a la construcción de una cultura de la legalidad, puesto que las autoridades deberán estar atentas a ceñirse al marco de su competencia cuando emitan sus actos, en virtud de que si con ellos causan un perjuicio a la persona, esta podrá defenderse y al emitirse una sentencia de amparo, en caso de existir usurpación de atribuciones, los efectos de la protección constitucional, además de anular el acto autoritario, conminarán al ente transgresor a no desbordar sus facultades.

Por tal motivo, se considera que es necesario difundir la existencia, así como la mecánica de funcionamiento del amparo soberanía entre la comunidad jurídica, ya que se trata de una garantía del derecho procesal constitucional que de forma efectiva mantiene en vigor el pacto federal, así como tutela los derechos fundamentales de las personas que se ven lesionados por actos usurpadores de facultades, esto es, los efectos de una sentencia emanada de este tipo de juicio son dobles porque además de vincular a la autoridad a respetar el derecho humano conculcado –lo cual es *per se* relevante–, también mantiene incólume el *Acta Constitutiva de la Federación* y la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* en cuanto a la forma de gobierno federal.

Este medio de control constitucional paradójicamente convierte *mutatis mutandi* en litisconsortes a la persona afectada por el acto o la norma y a la autoridad que vio menoscabadas sus atribuciones, cosa que no sucede en el amparo en general.

REFERENCIAS

I. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILERA ORTIZ, Carlos. *Breves consideraciones sobre el Amparo Soberanía*. Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, 2015.

ANDRADE OSORIO, Raúl. La Suprema Corte de Justicia y el recurso de anti-constitucionalidad del Tratado de Guadalupe Hidalgo. In: ROMO VALENCIA, Pablo Hernández; ESTRADA MICHEL, Rafael (Coord.). *Historia Jurídica Estudios en Honor al Profesor Francisco de Icaza Dufour*. Ed. Tirant lo Blanch: México, 2013.

BARRAGÁN BARRAGÁN, José. *Historia Constitucional del Federalismo Mexicano*. Ed. Tirant lo Blanc: México, 2016.

_____. Federalismo y fe pública según la Constitución mexicana. In: CIENFUEGOS SALGAD, David; RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (Coords.). *Actualidad de los servicios públicos en México*. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie: Doctrina Jurídica, núm. 493, México, 2009.

CARPIZO, Jorge. *La Constitución mexicana de 1917*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, núm. 37, México, 1982.

DABÍN, Jean. *Doctrina General del Estado, Elementos de Filosofía Política*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie: Doctrina Jurídica, Núm. 123, Ernesto González Uribe y Jesús Toral Moreno (traductores), México, 2003.

DE TOCQUEVILLE, Alexis. *La Democracia en América*. Fondo de Cultura Económica, México, 1957.

GÓNGORA PIMENTEL, Genaro David. *Introducción al estudio del Juicio de Amparo*. 7ª ed. Ed. Porrúa: México, 1999.

TENA RAMÍREZ, Felipe. *Derecho Constitucional Mexicano*. 11ª ed. Ed. Porrúa: México, 1999.

VITORIA, Francisco. *Defensio Fidei, III, Principatus Politicus o la soberania popular I*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1965.

II. REFERENCIAS HEMEROGRÁFICAS

CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. México a la luz de los modelos federales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XXXVI, núm. 110, mayo-agosto de 2004, México.

COELLO CETINA, Rafael. La desarticulación del amparo por invasión de esferas y el juicio de controversia constitucional. In: FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo; DANÉS ROJAS, Edgar. *La protección orgánica de la Constitución, Memoria del III Congreso de Derecho Procesal Constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídica, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 614, México, 2011.

III. REFERENCIAS LEGISLATIVAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. *Diario Oficial de la Federación*, el lunes 5 de febrero de 1917.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY PARA EL FEDERALISMO HACENDARIO DEL ESTADO DE PUEBLA. *Periódico Oficial del Estado*, 28 de enero de 1998.

LEY DE AMPARO. Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Segunda Sección del *Diario Oficial de la Federación*, martes 2 de abril de 2013.

LEY DE HACIENDA DEL ESTADO. Decreto 16082. *Periódico Oficial del Estado de Jalisco*, 2 de mayo de 1996.

SOBERANO CONGRESO CONSTITUYENTE MEXICANO. *Acta Constitutiva de la Federación Mexicana*, México, Imprenta del Supremo Gobierno en palacio, 1824.

IV. REFERENCIAS JUDICIALES

APÉNDICE DE 1995. Quinta Época, Tomo I, Parte HO, Tesis: 389, p. 362.

GACETA DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Décima Época. Registro: 2010154. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Libro 23, octubre de 2015. Tomo II. Materia(s): Constitucional. Tesis: 2a. CII/2015 (10a.), Página: 2084.

_____. Época: Octava Época. Registro: 205543. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Núm. 70, octubre de 1993. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Tesis: P. LI/1993, Página: 29.

INFORMES. Época: Séptima Época. Registro: 806226. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia, Informe 1984, Parte I. Materia(s): Constitucional. Tesis: 5, Página: 315.

SEGUNDA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO. Expediente de contradicción de tesis número 137/2003-SS, suscitada entre los Tribunales Colegiados Primero, Segundo, Tercero, Cuarto y Quinto, todos del Décimo Sexto Circuito, resuelta el 27 de febrero de 2004.

_____. Amparo directo en revisión 5858/2014, Latin America Movie Theatres, S.A.P.I. de C.V., 2 de septiembre de 2015, pp. 33 y 34.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA. Décima Época. Registro: 2002703. Jurisprudencia, Libro XVII, Febrero de 2013. Tomo 1. Materias: Común. Tesis: P./J. 1/2013 (10a.), p. 5.

_____. Novena Época. Registro: 198200. Instancia: Pleno. Tomo VI. Julio de 1997. Materia(s): Constitucional, Común, p. 5.

_____. Época: Novena Época. Registro: 196883. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Tomo VII, febrero de 1998. Materia(s): Constitucional, Administrativa, Tesis: P./J. 15/98, Página: 35.

_____. Octava Época. Registro 206077. Jurisprudencia. Tomo I, Primera Parte-1. Materia: Administrativa, Constitucional. Tesis P. 6, p. 134.

_____. Octava Época. Registro: 207030. Tomo VII, marzo de 1991. Materia(s): Constitucional. Tesis: 3a./J. 10/91, p. 56.

_____. Quinta Época. Registro: 327813. Instancia: Segunda Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Tomo LXX. Materia(s): Común, Constitucional, p. 4719.

_____. Séptima Época. Registro: 232548. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Aislada. Volumen 139-144, Primera Parte. Materia(s): Constitucional, Página: 193.

_____. Séptima Época. Tomo: 205-216, Primera Parte, p. 59.

_____. Séptima Época. Volumen 68, Primera Parte, p. 19.

TRIBUNAL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Enseñanza y Educación Superior, A.C. Amparo en revisión 1523/1999. Resuelto en sesión de 9 de marzo de 2000.

_____. Hotelera Los Tules, S.A. de C.V. Amparo en revisión 2312/1996. Resuelto en sesión de 10 de junio de 1997.

_____. Amparo en revisión 3014/79. Industrias Químicas de México, S.A., 28 de septiembre de 1982.

KNOCKING AT THE DOOR OF THE AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLE'S RIGHTS: HOW CAN THIS QUASI-JUDICIAL BODY BE BENEFICIAL TO MAURITIUS?

BATENDO NA PORTA DA COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS DO HOMEM E DOS POVOS: COMO É QUE ESTE CORPO QUASI-JUDICIAL É BENÉFICO PARA A MAURÍCIA?

Roopanand Mahadew

Senior Lecturer of the Department of Law of the Law University of Mauritius.
Doctoral Candidate at the University of Western Cape, Cape Town, South Africa.

Darsheenee Raumnauth

Constitutional Analyst at the Department of Political Affairs of Mauritius.

Submetido em: 25/01/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5557>

Abstract: The Republic of Mauritius signed and ratified the African Charter on Human and Peoples' Rights (hereafter the African Charter) in 1992. With this ratification, Mauritius committed itself to protect, respect and promote the three categories of rights provided by the African Charter. One key way of achieving a desirable and acceptable standard of human rights is by way of submitting communications relating to human rights abuses to the African Commission on Human and Peoples' Rights (hereafter the African Commission) against a signatory state by individuals or Non-Governmental Organisations (NGOs). The paper illustrates that this quasi-judicial avenue has not been effectively explored by Mauritians to enhance their human rights standards and to ensure that their legitimate expectations from the government are fulfilled. The word 'enhance' has been deliberately chosen as one could argue that Mauritians do enjoy a relatively higher standard of human rights compared to citizens of a majority of African states and it explains the fact that little attention and importance are given to the African Commission. It is argued that there is always the possibility of enhancing human rights of people and Mauritian's individual as well as collective rights can be further enhanced.

Keywords: Human Rights; Mauritius; African Commission on Human and Peoples' Rights; Chagos.

Resumo: *A República da Maurícia assinou e ratificou a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (doravante a Carta Africana) em 1992. Com esta ratificação, a Maurícia comprometeu-se a proteger, respeitar e promover as três categorias de direitos fornecidas pela Carta Africana. Uma maneira fundamental de alcançar um padrão desejável e aceitável de direitos humanos é através da submissão de comunicações relativas a abusos de direitos humanos à Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (doravante a Comissão Africana) contra um Estado signatário por indivíduos ou Organizações Não-Governamentais (ONGs). Este artigo ilustra que esta via quase judicial não foi efetivamente explorada pelos mauricianos para melhorar seus padrões de direitos humanos e assegurar que suas expectativas legítimas do governo sejam cumpridas. A palavra "melhorar" foi deliberadamente escolhida, pois se pode argumentar que os mauricianos desfrutam de um padrão relativamente mais elevado de direitos humanos em comparação com os cidadãos da maioria dos estados africanos e explica o fato de que pouca atenção e importância são dadas à Comissão Africana. Argumenta-se que há sempre a possibilidade de aumentar os direitos humanos das pessoas, e os direitos individuais e coletivos das Maurícias, assim como os direitos coletivos, podem ser melhorados.*

Palavras-chave: *Direitos Humanos; Maurícia; Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos; Chagos.*

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The situation of Human Rights in the state of Mauritius. 3. Mauritius and the African Human Rights architecture. 4. The jurisprudence of the Commission. 5. The state of Mauritius and the Commission. 5.1 Cases that the Commission could or should have considered! 5.1.1 Madhewoo case-right to privacy on the biometric card. 5.1.2 Chagos case – peoples' rights. Conclusion. References.

1 INTRODUCTION

The establishment of the African Commission on Human and Peoples' Rights was a strong statement in the steps of decolonization of the African continent. It was symbolical of the independence and self-sufficient values that was espoused by the Organisation of the African Unity in view of changing the African continent for the better. The OAU wanted the Member States to fully believe in the functioning of the African institutions while applying the principles of and remaining within the realm of international law. Approaching the African Commission on Human and Peoples' rights for judicial and quasi-judicial matters therefore demonstrates a belief and a respect for the African Human Rights architecture. However it can be observed that many Member States of the African Union do not approach the African Commission, for reasons albeit different to them. Is a question of lack of awareness of the regional human rights system, is it a lack of willingness or a complete disbelief in the capacity and efficiency of the African Human Rights Architecture. This article attempts to answer some of these questions in this light by highlighting the case of Mauritius. The first section highlights the trajectory of the African Charter on Human and Peoples' Rights and how does the Charter itself goes in complementarity with the national

constitution and the laws of the nation, while the next section will briefly deal with the situation of human rights in Mauritius. This is essential as it illustrates how despite enjoying a relatively decent level of human rights, a country such as Mauritius can still benefit from the Charter and the Commission - this indeed showcases the efficiency and utmost relevance of both the Charter and the Commission applicable in the context of the country. A subsequent section of the article will focus on the relationship that Mauritius has developed over the years with the existing African human rights architecture in terms of its ratification of treaties, political participation at the African Union level and its commitment to the various judicial, quasi-judicial and legislative institutions of the continent. The aim for illustrating this relationship is to explore the argument of Mauritius being politically present on the Africa scene and yet seemingly not trusting the effectiveness of the Charter and the Commission. The ensuing section of the article will analyse the presence of Mauritius at the Commission - ranging from state party submitting its biennial reports up to one of the Commissioners of the Commission hailing from the Island Nation! Finally, three cases pertaining to the right to privacy, rights of peoples and socio economic rights are discussed in an attempt to demonstrate that the Charter and Commission could have been more efficient if seized as a mechanism for redress.

The African Charter on Human and Peoples' Rights (the Charter) was adopted in 1981 by the Organisation of African Unity (OAU) Assembly of Heads of State and Government in Nairobi, Kenya. It obtained the required number of ratifications in 1986 to come into force (HEYNS, 2001). It is one of the most contested as well as celebrated regional human rights instruments that has graced the African human rights architecture. The Charter remains the Pillar in the promotion and protection of Human Rights on the African continent. The Charter came to challenge the existing bipolar structural design embraced by the international human rights system since the early 1970s which was based on dichotomies - the individual against the community, rights against duties, first against second and third generations of rights and enforceability against non-enforceability (VILJOEN, 2001). The Charter made its greatest contribution to the African human rights system by including the concept of 'peoples', listing down individual duties, emphasising on morality, adopting a strong anti-colonial stance and position all three generations of rights on the same level (UMOZURIKE, 1997).

The Charter sees each human being as an individual bearer of rights as well as a member of the collective, a collectivity which is guaranteed protection as

peoples or a the family unit.¹ Second and third generations of rights which includes socio-economic rights and the right to development, peace and environment are enshrined by the Charter and are as justiciable and enforceable as civil and political rights - a mammoth task that even the Universal Declaration of Human Rights could not achieve resulting in the creation of two separate covenants which are the International Covenant on Civil and Political Rights and the International Covenant on Social, Cultural and Economic rights. The Preamble of the Charter refers to duties of individuals by stating that 'the enjoyment of rights and freedoms also implies the performance of duties'.² A list of duties, implicitly imbuing the values of African civilization is provided in its article 29.³ In these ways, the Charter differs from other regional human rights instruments with its unique characteristics and features mentioned above.

To give effect to the values enshrined in the Charter, the primary responsibility lies with Member States. However as an oversight and redress mechanism, the Charter establishes the African Commission on Human and Peoples' Rights. Another important feature of the Charter is the African Commission on Human and Peoples' Rights (The Commission) which is established under article 45 of the Charter.⁴ At the time of the drafting of the Charter, there was a political consensus to create a commission without the power to issue legally binding decisions, which illustrates the non-democratic nature of many African states at that time (NDULO, 2008). In spite of opting for a commission rather than a court, the Charter did confer important and crucial roles and mandates to the Commission (The Charter, Art 45).⁵ The Commission is mandated to receive complaints both from state parties and individuals in relations to violations of any article of the Charter (The Charter, Art 47 and 55).⁶ It reviews biennial reports which state parties are required to submit to report on the implementation of the various provisions of the Charter at the domestic level (The Charter, Art 62), thus ensuring its monitoring mandate. The Commission also has the mandate to appoint special rapporteurs on issues related to prisons, human rights activists and extra-judicial killings to name a few.

Indeed, the Charter as well as the Commission can both be considered as critical components of the African human rights system that are at the disposal of

¹ Article 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights

² Preamble of the African Charter on Human and Peoples' Rights

³ Article 29 of the African Charter on Human and Peoples' Rights

⁴ Article 45 of the African Charter on Human and Peoples' Rights

⁵ Article 45 of the African Charter on Human and Peoples' Rights

⁶ Articles 47 and 55 of the African Charter

African states to make good use of to ensure rights of their citizens are respected, protected and promoted as well as sacrosanct principles such as democracy, rule of law and constitutionalism prevail domestically. At least by the numbers, all African states (except Morocco)⁷ are state parties to the Charter and therefore have automatically accepted the competence of the Commission. However, the following primary question remains - to what extent have African states and African citizens maximised and profited from the existence of the Charter and the Commission? To what extent have they been able to derive benefits and effective protection from the unique features of the Charter? This article uses Mauritius as an African state, as a Member State of the African Union and various human rights cases originating from the Island in attempting to answer the question. The initial feeling of the authors is that Mauritius has not yet made the most of the Charter and its Commission to deal with human rights issues pertinent to it. It is firmly believed that some cases on human rights issues, if dealt with at the African level, instead of international level, could have met with an altogether different, arguably positive, outcome. Such cases would be used to argue that it is perhaps time for Mauritius and Mauritians to start knocking at the door of the Commission.

2 THE SITUATION OF HUMAN RIGHTS IN THE STATE OF MAURITIUS

It is important to give an idea of the situation of human rights in Mauritius to try to explain why the African Commission has not been approached maximally. Mauritius seems to be a 'human rights paradise'⁸ at a first glance, with the peaceful cohabitation of people from different religions and ethnicities. Mauritians, as well as foreigners, take Mauritius to be a safe haven without any fear of riots hovering or being attacked by terrorists. This image of the island is projected this image very beautifully as it is an asset for the tourism industry, which is one of the pillars of the economy and also to attract foreign investors to the country on whom the economy is heavily dependent. It also helps in enhancing the bilateral and diplomatic ties with many countries as the latter protects their own respective diaspora, and thus bringing in foreign aid. However, the other side of Mauritius is almost never shown to the world. The inter- religious and the inter- racial discrimination which is highly prevalent, the plight of the Chagos

⁷ Morocco was accepted in the African Union at the January 2017 Summit after 33 years of abstention or association with the AU. While it adheres to the Constitutive Act of the African Union, it needs to formally ratify the African Union Instruments for them to be legally binding on the country.

⁸ See "Mauritius-Mauritius: Honeymoon Destination and Human Rights Paradise?" at <http://business.mega.mu/2013/10/27/mauritius-honeymoon-destination-and-human-rights-paradise/> (accessed on 3 July 2017)

islanders/refugees and the cases of police brutality due to political interference is a slur on the example that Mauritius represents for the African continent. It is to be noted that though there is no tribalism per say in Mauritius, it remains an African Island state which has been for long considered to have no indigenous population, and therefore the absence of a definition of Peoples' Rights in the constitution of the Republic of Mauritius. Individuals have been brought to the island by those who discovered the country and the colonizers who wanted to exploit the opportunities that the strategic location of Mauritius being situated right in the middle of the Indian Ocean provided. Mauritius was the bridge between Asia and Africa for Europeans.

There have been several notable positive developments in the field of human rights in Mauritius. A couple of years back, the then Mauritian Prime Minister was congratulated and appreciated by the world human rights organizations for his refusal to attend the Commonwealth Summit held in Sri Lanka in November 2013 due to the several major human rights violations taking place against the minority population of people of Tamil origin there.⁹ However, it still remains unclear whether the Prime Minister's decision of expressing his dissatisfaction with the current human rights situation in Sri Lanka through his absence, was a political decision to prevent protests from the people of the Tamil community in Mauritius, in order to maintain his vote bank, or a genuine concern for respect for human rights.¹⁰ The interplay between the politicizing of human rights decisions and a genuine concern for the respect, promotion and protection of human rights often borders the ethnic lines of division that characterizes the Mauritian society. Many politicians think primarily of the benefits to the ethnic communities first instead of the larger good and welfare of the society.

In so far as the socio-economic rights are concerned, Mauritius is a welfare state, and ranked 1st in Africa as per the Mo Ibrahim Index (2016) with regards to economic performance and also at the same time lauded for its system for good governance and leadership.¹¹ The essence of democracy is maintained and one vivid example is represented in the Best Loser System to ensure that there is equal representation of all parties related to the ethnic origins so that no one feels under-represented or marginalized. The process of free and fair elections taking place after every 5 years gives the population the opportunity to express their dissatisfaction with the ruling

⁹ See <http://tribune.com.pk/story/630930/mauritius-pm-to-boycott-sri-lanka-commonwealth-meet/> (accessed on 16 July 2017).

¹⁰ See <http://www.lemauricien.com/article/kudos-canadian-prime-minister-stephen-harper-appeal-navin-rangoolam-boycott-commonwealth-con> (accessed on 16 July 2017).

¹¹ See 2016 Ibrahim Index of African Governance Summary, at <http://www.moibrahimfoundation.org/downloads/2016/2016-IIAG-summary-report.pdf> (accessed 16 July 2017).

party without any fear of being arrested or convicted. It follows closely the Principles of the African Charter on Democracy, Elections and Governance (ACDEG).¹² It needs to be noted that though Mauritius follows the Principles enshrined in the ACDEG, it has only signed the said instrument and not ratified it.

Mauritius can also take pride on the other issues which have been a gift to the island as compared to the African counterparts such as a good functioning of different core systems such as free health care, free education and free transport to the students and old age persons despite having a major hurdle of no natural resources in the country. Human rights are protected and respected by providing adequate support and economic benefits for old age persons. Good homes are built and looked after by the government for those who are neglected by their family members. Therefore, it can be seen that on a broader picture, Mauritius is faring quite well in the respect, protection and fulfillment of human rights.¹³ However, even though it is a welfare state, by providing free health care and education, subsidized rates for water and staple foods, socio economic rights are not justiciable. They are not mentioned in the Constitution and therefore there is no avenue for a judicial remedy in case the citizens think that the Government is not delivering in its duty.

With regards to the women human rights issues, the amendment in the Constitution, Act 35 (2011), which enables the political participation of at least 30% of women is a commendable initiative by the government. It is symbolical of promoting a more gender equal society and recognizant of the right to political participation and decision making of women. Due to this new amendment, it is now compulsory for all political parties to have one third of their candidates as women in all the constituencies. The director of Gender Links, Mrs Loga Virasawmy, holds the view that this is a major milestone in achieving one of the goals that the Southern African Development Commission established.¹⁴ It is noteworthy that Mauritius has still not ratified the Protocol on the Rights of Women or more popularly, the Maputo Protocol.

However, the other side of the coin is that the picture is not as rosy or ideal as it seems to be to the outside world. Mauritians know exactly what is wrong

¹² Concluding Observations and Recommendations on the 2nd, 3rd, 4th and 5th Periodic Reports of the Republic of Mauritius, http://www.achpr.org/files/sessions/45th/conc-obs/2nd-5th-2008/achpr45_conc_staterep2_mauritius_eng.pdf (accessed 15 July 2017).

¹³ National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21*, Working Group on the Universal Periodic Review Seventeenth session Geneva, 21 October–1 November 2013.

¹⁴ See <http://www.genderlinks.org.za/article/a-giant-step-towards-gender-equality-local-government-act-provides-for-legislated-quota-2012-05-29> (accessed 14 July 2017).

but many are afraid to voice it out, as freedom of expression and the press is limited. The Mauritius Broadcasting Corporation (MBC) remains essentially and basically the niche of the Prime Minister whereby he uses the media as a system of propaganda of his own achievements. The news which is shown daily is repetitive, starting and ending with the Prime Minister. The MBC remains the most accessible source of information to the majority of Mauritians who fall within the category of middle class income families. The news unfortunately is not what the mass needs to know, it is more what the Prime Minister wants the Mauritians to know.¹⁵ It is to be noted that the freedom of expression is guaranteed in the Constitution. The arrest of Nitin Chinien, a famous and well appreciated artist, is an example of the treatment meted out to someone who speaks against the Prime Minister or his proteges. It is in direct violation of the section 12 of the Chapter 2 of the Constitution which deals with the protection of freedom of expression.¹⁶ Unfortunately, Mauritius seems to be drifting from the heaven of democracy where people were free to voice out their opinions, to an authoritarian and dictatorial atmosphere where the fear of arrest looms over one's head if something against the government and the malpractices is denounced.

As enunciated above, Mauritius is claimed to have no indigenous population or people. Yet the concept of community and ethnic belongingness is so strongly felt in the Mauritian society. Going by the definition of the Peoples as defined in the African Charter, having lived through five (5) generations since having been brought to the island, the different ethnic groups may be categorized as Peoples-sticking to the values, traditions and way of life since aeons of years. Their different ways of life are symbolical of their notion of identity and association. Unfortunately there is marked segregation in the Mauritian society. Even though Mauritius seems to be the perfect destination for the cohabitation of multi-ethnic and multi-religious groups, there is still a strong sense of racial discrimination that exists. Mauritius has not yet submitted its report to the International Convention on Racial Discrimination. Though it is not explicitly and overtly discussed with the fear of hurting the sensibilities of many different religious groups, and thus facing the consequences politically, it is undeniable that the rights of the people of African descent, mostly known as general population, or Creoles, are denied to them. It is unfortunate that people still cling to their origins and discriminate towards

¹⁵ Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (b) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1 and paragraph 5 of the annex to Council resolution 16/21, Working Group on the Universal Periodic Review Seventeenth session Geneva, 21 October–1 November 2013.

¹⁶ See <http://www.lexpress.mu/article/le-chanteur-nitin-chinien-en-cellule-pour-au-moins-une-semaine> (translated from French, accessed on 15 July 2017).

people of other origins even though Mauritius has no indigenous population. (The Asian population namely the Hindus (Indians), Muslims (Indians) and Buddhists (Chinese) were brought to Mauritius as indentured labourers under the British Rule; the African population- the Creoles, were brought as slaves under the French Rule). The prevailing racial discrimination that exists is becoming a whirlwind of drug addiction, poverty, prostitution and crime. It is forcing them to adopt a fatalistic attitude towards life. It has been noted by field and social workers that Creoles do not even apply for jobs because they know before-hand that they will not be selected due to their background, even if they are qualified for the post.¹⁷ This also brings to the forefront that many of our political figures belong mostly to the Hindus and Muslims community. Majority of those who occupy posts in the state institutions also belong to the Hindus and Muslims community. Since the sense of community belongingness is so entrenched in the Mauritian psyche, it is clear how distant most of the Mauritians being from the Hindus and Muslims background, especially their roots emanating from the Indian sub-continent do not identify themselves as Africans. The continuing shameful discrimination that goes on towards the people of African descent in Mauritius is reminiscent of this fact and even though Mauritius is an Island State of the African continent, one can say that this adherence remains merely a political move on the international front instead of truly adhering to the values of Pan Africanism.

The complexities of belongingness go beyond the seemingly stark differences between the communities and their different ways of life. The racial discrimination does not exist only among people inter- religiously. It also exists intra-religiously. The majority of the Mauritian population is the Hindu population, who came from different parts of India. Unfortunately, even after so many years of having left India, people still believe in the derogatory notion of the caste system. The caste system, if it was followed of how it was originally created to be, there would have been no human rights violations. The caste system was created to help everybody get a job in the society and that everybody has a place in the hierarchical social ladder. However, the subtle discrimination based on the caste system is being felt in the world of employment and career advancement. It is being noted that many well qualified graduates are jobless, with an unemployment rate reaching 15% which is still a big number, for a small country like Mauritius. It is not acknowledged openly but most of the Hindus know the reason behind their non-selection, is the caste system in many cases. It is also unfortunate and ironical that people belonging to the higher caste, or the Brahmins, will not be allowed to reach the pinnacle of the government or

¹⁷ Telephone communication with Mr Ashok Kisto, Family Social worker, National Empowerment Fund, on 30 June 2017.

be ministers only because of their ethnic belonging as they form part of the Hindu elite but nonetheless, a minority group.¹⁸ It was important to explain the nitty-gritties of the political undertones of Mauritius to explain why many of the instruments of the African Union and many others of the United Nations have not been ratified. Mauritius, even though only a dot on the world map, and taking pride in its seeming unity, remains a deeply divided society on many levels, politically and socio- economically.

Again in relation to the socio economic rights in Mauritius, the poverty pockets in Mauritius, despite being a welfare state, are rampant with people of the Creole population, living in deplorable and pitiable conditions. The houses are built by the National Empowerment Fund (NEF) to help alleviate the suffering of those staying at the lowest rung of the social ladder, however, even those are allocated to people on the basis of religion, mostly depending on what the Minister of National Solidarity decides. Those houses do not necessarily go towards those who are most in need.¹⁹

In this context, it is important to highlight the fact the Mauritian Constitution does not make any provision for Right to Information. Whenever people feel that there has been any injustice to them, especially related to questions of selection and recruitment, there is no mechanism of accountability.²⁰ The Public Service Commission which is the organization for the recruitment in the government does not consider itself accountable to give any explanation or justification on the recruitment drive. It also needs to be noted that at the end of many interviews, interviewees are asked if they have any kind of political connections or backing. This non respect of human dignity and insult to years of hard work and diligence is a core violation of the section 16 of the Chapter 2 of the Constitution which deals with the protection from discrimination of the individual.²¹

In addition to it, the other dimension of the racial discrimination which exists, is the continuation of the legacy of colonialism. 'The whites are superior', or so it has always been believed, and we do not know for how long it will continue. On the legal aspect, Mauritius follows a hybrid legal system having been colonized both by the British and the French. As the highest Court of Appeal beyond the Supreme Court, Mauritians approach the Privy Council for redress. On the socio economic aspect, by privatizing the system, the Mauritian government is giving the former colonizers all the resources and all the power, without caring for the majority of

¹⁸ Telephone conversation with Prof Sheila Bunwaree, on 15 May 2017.

¹⁹ (n 11 above)

²⁰ (n 7 previous) para 24

²¹ Chapter 2, The Constitution of the Republic of Mauritius, 3-19

the population, and thus maintaining the high class and middle class division. It is noteworthy to remind that the Constitution of the Republic of Mauritius makes no mention of socio-economic rights. The long term results are a concentration of the wealth in the hands of few and handicapping the rest. All the profitable ventures, be it real estate, hotels, oil, offshore trade, banks, everything is still controlled by the white population. They are a tiny part of the population where even the assets of only one person exceed the financial budget of the country. Even though the government claims that they are generating employment in the country by doing so, it is not paying attention to the fact that these companies do not respect minimum wage requirement and this is just increasing the gap between the rich and the poor. Opportunities are not being created for the middle class. Women who work as maids in the bungalows of the whites are heavily underpaid and they have no institutions like trade unions to help them out of the situation. It has become a situation of learned helplessness. Even the government fails to confront the inequalities because the independence of Mauritius only permitted the voting, the political power to the Mauritian population, not the economic freedom. The removal of taxation barriers, free trade, and the arrival of cheap labour from China or Bangladesh has been a hard blow to many Mauritians who find themselves jobless because of this situation. Textile industry, road development contractual works are mostly given to foreign companies who do not come to Mauritius to provide employment to Mauritians but to make a profitable venture using their own labour and enjoy the maximum of the 5 years tax free benefits. It is worth highlighting that the issues of labour rights as described here are well protected for in the African Human Rights Charter.

With respect to the rights of bodily integrity and the respect of the dignity of the individual, the issue of police brutality and the laissez faire attitude can be brought to the limelight here. Furthermore, the dictatorial attitude adopted by politicians who are riding high on their powers as they are in the ruling party after a sweeping victory in the December 2014 elections can be seen in the way they use the police force to serve their ends. Many cases of deaths in custody and police brutality have underneath a connection with politicians. Newspapers, radio, media do not cover these issues because it concerns the reputation of the politician(s) in question. Nor does the police divulge this information even informally. It is only NGOs working in the field of human rights, such as Speak Human Rights and Dis Moi, which have investigative bodies and look into the matter by liaising with the family members of the victims. The most recent case of death in custody was a case related to the Prime Minister, where the victim was said to have hanged himself inside the custody within 30 minutes of him being brought to jail.²² Another case

²² See <http://www.defimedia.info/news-sunday/nos-parliament/item/12225-roches-noires->

of death in custody was of Rajesh Ramlogun, on whose body 30 marks of police beatings were noticed during the post mortem. Furthermore, in a recent case, the murder of Michela Harte, which was on the international platform for long, the victim asserted that he was forced into accepting a crime which he did not commit.²³ After all, the reputation of the hotel was more important than the lives of the people working in the hotel even if evidences indicate that the husband might have been involved in the premeditated murder. The police force has been misusing force to fulfill the wishes of politicians and to find an answer to give to the population. The major human rights organizations are the National Human Rights Commission (NHRC) and the recently launched Equal Opportunities Commission (EOC). Both these government organizations are responsible for the registration of the complaints and recommend the further line of action for the individuals in question. However, the veracity of these institutions remains questionable as they are part of the government and their members are politically anointed. The NHRC does not even have the required mandate to take decisions independently without consulting the government.²⁴ It also relates to political appointment of the leadership of these organizations – whether it is a show of political loyalty system or meritocracy.

3 MAURITIUS AND THE AFRICAN HUMAN RIGHTS ARCHITECTURE

Starting with the OAU Declaration 1995, also known as the Grand Bay Declaration (1995), Mauritius has had a long standing working relationship with the Organization of African Unity and now the African Union. It can be explained that post-independence, Mauritius's decision to adhere to the African Continental Organization was a well thought political move even though the majority of the population was of Indian Origin. It could also be attributed to the fact that the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN) Community and the Oceania was not as developed as it is today.

However it has been observed that Mauritius does not ratify many of the African Union Conventions and treaties. With regards to the human rights instruments belonging to the African Union, with the exception of the African Charter on Human and Peoples' Rights and the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, Mauritius has not ratified the other most prominent ones

[%E2%80%93truth-still-not-unveiled.html?tmpl=component&print=1](#) (accessed on 2 July 2017).

²³ See <http://www.islandcrisis.net/police-brutality-mauritius-reality/> and <http://leverlepep.blogspot.com/2012/09/police-brutality-in-mauritius.html> (accessed on 3 July 2017).

²⁴ Mauritius. Human Rights Report, Country Reports on Human Rights Practices for 2012, United States Department of State, Bureau of Democracy, Human Rights and Labor.

which include the Maputo Protocol, the Kampala Convention and the ACDEG. It cannot be established for sure whether it is a selective selection of ratification of treaties in terms of international law hierarchy as Mauritius does sign and ratify many of the United Nations Charters and Treaties.

Of critical importance in this section, linked to the relationship between Mauritius and the African Union Human Rights Architecture is the issue of the Chagos Islands which reeks of the ongoing colonization of the continent. Article 20(2) of the African Charter on Human and Peoples' Rights (the African Charter), states that "colonised or oppressed peoples shall have the right to free themselves from the bonds of oppression by resorting to any means recognised by the international community" (GAWANAS, 2011) and the African Union agenda 2063 adopted by the Assembly of Heads of States and Government in 2013 as the Vision for the continent over the next 50 years states that African needs to achieve complete decolonization by 2020.²⁵

4 THE JURISPRUDENCE OF THE COMMISSION

While the Commission has important tasks such as reviewing of state reports and appointing special rapporteurs on human rights issues, its most popular remains the communication procedure. Under this particular mandate, the Commission has been entrusted with the task of interpreting the various provisions of the Charter, many of which have been criticized by scholars especially with regard to the clawback provisions in rights that it grants (MAUGENEST; BOUKONGOU, 2001). The Commission has successfully mitigated the negative potential of the clawback clauses through the dynamic fashion in which it has interpreted the Charter in various cases (VILJOEN, 2001). In addition to the communication procedure, it has adopted various mechanisms including missions of a promotional nature to African states and investigations in suspected situations of serious rights violations. Since the particular focus of this article is on the communication mandate and how Mauritius could benefit from it, it is relevant at this point to briefly look at the jurisprudence of the Commission. It is argued that the rich jurisprudence of the Commission would be the foundation upon which the potential of success of the Mauritian cases (to be discussed below) would be assessed.

In the wake of harmonizing the interpretation of human rights in Africa with international standards, the Commission held that African practices had to be consistent with international norms and that inspiration must be drawn from

²⁵ Paragraph 22 of the African Union Agenda 2063.

standard-setting instruments of the OAU and the UN in the case of *Legal Resources Foundation v Zambia*²⁶ in 2001. On the question of exhaustion of local remedies, the Commission has taken a practical stand especially in its interpretation. Indeed, in *Alhassan Abubakar v Ghana*,²⁷ the Commission was of the view that external residence and the fear of being detained meant that local remedies were not available to the complainant. Abubakar had escaped detention without trial for five years and fled from Ghana. The effectiveness of local remedies was reiterated in the case of *Rights International v Nigeria*²⁸ in 1999 whereby the Commission held that effective remedies for human rights violations were lacking under the military regime in Nigeria. Another important issue pertaining to the inheritance by a new government of the international commitments as well as culpability for human rights violations of the previous regime was considered in the case of *Achutan (on behalf of Banda) and Amnesty International (on behalf of Orton and Vera Chirwa) v Malawi*²⁹ in 1995. The Commission held that the new regime in Malawi had the responsibility of paying reparations for violations by the former dictatorial regime and the claims of the complainants were not extinguished by a mere change in regime.

The Commission has also drawn inspiration from jurisprudence of other regional systems in its interpretation of article 1 of the Charter which provides that member states shall recognize the rights, duties and freedoms enshrined in the Charter and shall undertake to adopt legislative or other measures to give effect to them. Drawing support from cases such as *Velasquez Rodriguez v Honduras*³⁰ from the Inter-American Court and *X and Y v Netherlands*³¹ from the European Court, the Commission held that the positive obligations enshrined in article 1 also extended to the obligation of member states to protect their nationals from the wrongful acts perpetrated by private individuals. In the case of *Organisation Mondiale Contre la Torture and others v Rwanda*,³² it was held that the expulsion by Rwanda of Burundians violated article 2 of the Charter which provides for equality in the way foreigners are to be treated. The Commission accentuated on the fact that the ratification of the Charter implies that states have to secure the rights of all individuals on their territory, nationals and

²⁶ *Legal Resources Foundation vs. Zambia*

²⁷ *Abubakar vs. Ghana*

²⁸ *Rights International vs. Nigeria*

²⁹ *Achutan vs. Malawi*

³⁰ *Velasquez Rodriguez vs. Honduras, Inter American Court*

³¹ *X and Y vs. Netherlands, European Court on Human Rights*

³² *Organisation Mondiale contre la Torture and others vs. Rwanda*

non-nationals alike. In *Forum of Conscience v Sierra Leone*,³³ it ruled that the physical integrity of a person had been violated by the fact that an individual was detained in a filthy cell with inhumane and degrading conditions. The question of detention amounting to inhumane and degrading treatment was also considered in *Media Rights v Nigeria*³⁴ in 2000 and *Ouko v Kenya*³⁵ in 2000. Regarding the nature of a fair trial, the Commission was of the view that the right to a fair trial consists of the right to petition competent courts and the right to be heard by an impartial and independent court as elaborated in *Achunthan and another (on behalf of Banda and others) v Malawi*³⁶ in 1995.

The Commission has also provided for some progressive interpretation of socio-economic rights and the right to environment. In *Social and Economic Rights Action Centre and Another v Nigeria*, arguably its most famous communication, the impact on socio-economic rights and the right to environment of people of Ogoniland (in the Niger Delta of Nigeria) as a result of the activities of Shell Corporation in collusion with the Nigerian government. The Commission upheld the right to free disposal of natural resources and the right to a satisfactory environment. In addition, it applied the implied rights theory by confirming that the right to food was implicitly protected by the right to life, the right to health and the right to economic, social and cultural development. It has also produced another ground breaking decision in the case of *Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v Kenya*³⁷ in 2009. The denial of access to the traditional lands to the Endorois community was held as being a violation of the right of ownership of the community on their ancestral lands. The limelight of this decision remains the elaboration by the Commission on the meaning of the right to development provided by article 22 of the Charter, the only international human right treaty recognizing this right.³⁸

The array of decisions on extremely important principles and concepts of human rights, and not merely on the substantive aspect of the rights provided by the Charter, is rather impressive especially when one takes into account the various challenges the Commission has encountered in delivering its mandate. The three major challenges have been a critical lack of resources, non-compliance by

³³ Forum of conscience vs. Sierra Leone

³⁴ Media Rights vs. Nigeria

³⁵ Ouko vs. Kenya

³⁶ Achunthan vs. Malawi

³⁷ Centre for Minority Rights vs. Kenya

³⁸ Article 22 of the African Charter on Human and Peoples' Rights

the states with regards to its recommendations which follows a communication and the duty to submit biennial state reports and the failure or inability to enforce its own recommendations/decisions. In addition, the scope of the activities of the Commission is determined by African heads of state who are often the subjects of human rights claims by their citizens (NDULO, 2011). The Commission findings reported to the Assembly of Heads of State have to be endorsed by the African heads of state for them to have any meaningful effect. There is an undeniable probability that deliberations which reveals gross human rights violations and high political implications can be easily brushed under the carpet by a non-acceptance from the Assembly. In the midst of all these issues, the Commission has been instrumental in interpreting and putting into action the Charter.

With such a rich jurisprudence as a background, the question now arises as to why the State of Mauritius has been quite reluctant or unwilling to approach the Commission for human rights cases prevailing domestically. There is another sub question pertinent to this main one - what has been the role of the State of Mauritius at the Commission? The following part attempts at answering the latter before illustrating some human rights cases which could have been heard by the Commission for a stronger closer to reality decision.

5 THE STATE OF MAURITIUS AND THE COMMISSION

Mauritius became a state party to the Charter on the 19th of June 1992. It has been quite active and participative when it comes to becoming party to the various legal instruments under the African Union. As at date, it has signed the AU Convention Governing Specific Aspects of Refugee Problems in Africa, the African Charter on Democracy, Elections and Governance and the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the Rights of Women in Africa without ratification. It has ratified or acceded to the African Charter on the Rights and Welfare of the Child, the African Youth Charter and the Convention on the Prevention and Combatting of Terrorism. Mauritius submitted its first Periodic Report covering the year 1992 to 1994 to the African Commission in November 1994. The report was primarily a description of case law, legislations and practices for the promotion and protection of human rights in accordance with the articles of the Charter.

In March 2016, the sixth to eighth combined periodic report on the implementation of the Charter was submitted to the Commission covering a period ranging from May 2009 to December 2015. At the outset, it must be highlighted that Mauritius has experienced considerable delays in submitting its state reports to the Commission. When one looks at the periodicity with which

similar reports are submitted to the United Nations organs, one is forced to think whether enough seriousness and commitment are shown towards the African human rights architecture by the country. For instance, the report that Mauritius submitted to the African Committee of Experts of the Rights and Welfare of the Child was one which was a replica of the one submitted to the UN Committee on the Rights of the Child. It was sent back to Mauritius since it was not in line with the reporting guidelines and did not take into account the context which is different at the African level compared to the global one.³⁹

5.1 CASES THAT THE COMMISSION COULD OR SHOULD HAVE CONSIDERED!

The cases which will be discussed here pertain to three different scenarios and the authors believe that had the African Commission be approached to provide an advisory opinion or even referred it to the Court for a legally binding judgment under article 55 of the Protocol establishing the African Court on Human and Peoples' Rights to be a complement and give judicial grounding to the protection of human rights on the African continent.

5.1.1 MADHEWOO CASE- RIGHT TO PRIVACY ON THE BIOMETRIC CARD

This case currently deals with the issue of the right to privacy. As exemplified by Mahadew, in his summary of the case:

Mr Maharajah Madhewoo, a citizen of Mauritius, challenged the constitutionality of the 2013 Act that acted as the legislative vehicle for the new smart ID project. He sought redress under section 17 of the Constitution of Mauritius (The Constitution) which allows citizens to apply to the Supreme Court in cases of violations of provisions of the Bill of Rights (section 3 to 16). He based himself on the legal obligation imposed on all citizens of Mauritius to carry identity cards bearing their name, picture and signature pursuant to the National Identity Card Act 1985 (The 1985 Act). In 2013, the former government (changed after the 2014 general elections) proposed the introduction of a new smart identity card, incorporating an individual's fingerprints and other biometric information related to external traits and characteristics. The amendment of the 1985 Act was required for the materialisation of the project. The National Identity Card (Miscellaneous Provisions) Act 2013 (The 2013 Act) was enacted. Such a project met with significant

³⁹ Statement made by Ayalew Getachew, Legal Officer at the African Children's Committee in August 2016 at the African Youth Forum held in Windhoek Namibia.

opposition and criticism from various classes of the Mauritian society (MAHADEW, 2017).

He contested that individual fingerprints and other biometric information were a violation of the right to privacy of the individual. The judgement given by the Supreme Court of Mauritius was that there is no right to privacy in the Constitution of the Republic of Mauritius. What was argued by Mahadew in this regard was that even though the Court brilliantly applied the concept of limitation of rights in the present case, there was no demonstration of judicial activism. He further adds, "While the substance of the decision is correct and well founded, the general approach which is one based on judicial restraint and diametrically opposed to the principle of implied rights theory is a real concern" (MAHADEW, 2017). Considering that Mauritius is a State party to the African Human Rights Charter, the Judiciary could have extended the interpretation of the right privacy as being dutifully accorded to the Mauritian citizen.

Furthermore, Mahadewoo could have made an appeal to the Commission in this regard as an aggrieved citizen whose limited rights in the Constitution denied him of the privacy he would like to maintain. Considering the jurisprudence of the Commission and the brilliant way it has applied and analyzed the implied rights theory in several communications brought to the Commission, it could have set a different precedence for Mauritian Judges to follow. The Black Law Dictionary defines judicial activism as a judicial philosophy which motivates judges to depart from their traditional precedents in favor of progress and social policies.⁴⁰ This practice has been observed as a tradition in the jurisprudence of the Commission and would have set the bar high for Mauritian judges.

5.1.2 CHAGOS CASE – PEOPLES' RIGHTS

Diego Garcia island is part of the Chagos Archipelagos (GIFFORD, 2004) and it is currently one of the biggest secretive U.S military bases in the Indian Ocean (VINE, 2005). This topic often remains absent from mainstream discussion related to militarization, world peace and security (KENNEDY, 2014). It seems almost to have been forgotten among discussions of nuclear disarmament in Africa (PILGER), even if Mauritius and Diego Garcia very well form part of the continent (LUNN, 2012). This case has been running since a long time in the European Court of Human Rights. However it has never been brought to the Commission. The Chagossians are being denied their rights to go back to their land because of the compensation already given to them by the British government during

⁴⁰ Law Dictionary. Available at http://law.academic.ru/12129/judicial_activism (accessed 06 July 2017).

the granting of independence and territorial dismemberment of the Mauritian territory. The Committee on the Elimination of Racial Discrimination urged Mauritius to seek different ways to look into the matter.

When the UK excised the Chagos Islands from Mauritius to establish the BIOT on 8 November 1965 (GEOFFREY, 2012), it deliberately misled the UN and the international community by claiming that there was no permanent population on the islands (PILGER). The UK declared that there were only a few 'man Fridays' who lived on the islands when the reality was that people lived on Diego Garcia for generations (PILGER). Chagossians, who are descendents of slaves brought from the mainland Africa can trace their roots on the islands back for two centuries, and the graves of parents and grandparents remain on the larger islands, Peros Banhos and Diego Garcia. The people who were sent to Mauritius were born and brought up on Diego Garcia and this was the only homeland they had known throughout their lives. From the definition as 'peoples' in the preamble of the Charter, the Chagossians can be said to be peoples for they have a distinct way of life, identity and sense of belongingness.

Furthermore, the Chagossians case also bears a similarity to the Israel-Palestine conflict. The human rights violations occurring due to the denial of the right to one's homeland in Palestine in the context of the Israel-Palestine conflict can be used as an example to illustrate the Chagossians' case. Stephen Hallbrook, argues quoting the late Egyptian President, Anwar Sadat 'that there is no use not recognizing the Palestinian people and their own right in establishing the homeland and their right to return' (ZAYAS, 1995). Thus, establishing a parallel to the Chagossians case, it can be seen that the Chagossian people are not being recognized through a denial of their right in establishing the homeland and their right to return (HALLBROOK, 1981).

In this regard considering the prominent and advanced advisory opinions given by the Commission, it could be gleaned that should the state of Mauritius have approached the Commission or the Chagossians themselves could have done so in order to get stronger support from the African Union and the International Community to support their cause.

CONCLUSION

In a nutshell, it can be seen that though the overall picture of Mauritius does not sound of despair in the human rights field, issues like freedom of expression, access to information and provisions for the inclusion of socio economic rights still need to be addressed. The Bill of Rights in the Mauritian Constitution is

largely limited. Being a state party to the African Human Rights Charter provides an opportunity to the Mauritian State to broaden its horizons in terms of the protection and promotion of human rights, be it in the interpretation of rights of second and third generations as well protection of the different minority peoples group that make up the diversity of the nation. The State of Mauritius should therefore ratify the existing AU Charters on Human Rights and domesticate them in national laws. It should also encourage the culture of approaching the African Commission for in depth interpretation of rights not included in the Constitution. This can be achieved by raising awareness on the mandate and jurisdiction of the African Commission.

REFERENCES

- GAWANAS, Bience. *The African Union Human Rights and its implementation mechanisms*. 2009. Available at: <http://www.kas.de/upload/auslandshomepages/namibia/Human_Rights_in_Africa/6_Gawanas.pdf>. Accessed 2 July 2017. Parte superior do formulário
- GEOFFREY, R. Who Owns Diego Garcia? Decolonisation and Indigenous Rights in the Indian Ocean. *Western Australia Law Review*, 2012.
- GIFFORD, R. The Chagos Islands: The land where human rights hardly ever happen. *Law, Social Justice & Global Development*, 2004.
- HALLBROOK, S. The Alienation of a Homeland: How Palestine Became Israel. *Journal of Libertarian studies*, v. 5, n. 1, 1981.
- HEYNS, CH. The African regional human rights system: In need of reform? *The African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 1, 2001.
- KENNEDY, J. The plight of Chagossians. 2014. Available at: <<https://intercontinentalcry.org/the-plight-of-the-chagossians-21653>>. Accessed 2 July 2017.
- LUNN, J. The Chagos Islanders. *Commons Briefing Papers*, 2012, Standard Note 04463.
- MAHADEW, R. Does the Mauritian Constitution protect the right to privacy?: An insight from *Madhewoo vs. The State of Mauritius*. *African Journal on Human Rights Law*, 2017.
- MAUGENEST, Denis; BOUKONGOU, Jean D. *Vers Une Société De Droit En Afrique Centrale*. Actes Du Colloque Des 14-16, Université Catholique D'afrique Centrale. Yaoundé: UCAC, Presses de l'UCAC, 2001.
- NDULO, M. African Customary Law, Customs, and Women's Rights. *Cornell Law Society Review*, n. 187, 2011. Available at: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1186&context=facpub>>. Accessed on 15 July 2017.
- PILGER, J. *Stealing a nation*. Chagos Documentary. Available at: <<http://johnpilger.com/videos/stealing-a-nation>>. Accessed 17 July 2017.
- UMOZURIKE, U. O. *The African Charter on Human and Peoples' Rights*. Boston: M Nijhoff Publishers, 1997.
- VILJOEN, F. Africa's contribution to the development of International Human Rights and Humanitarian Law. *The African Human Rights Law Journal*, v. 1, n. 1, 2001.

VINE, D, et al. *Dérasiné: the Expulsion and Impoverishment of the Chagossian People*. Unpublished Report, 2005.

ZAYAS, A. D. The right to one's homeland, ethnic cleansing and the international tribunal of former Yugoslavia. *Criminal Law Forum*, v. 6, n. 2, 1995, p. 257-314.

BIODIVERSIDADE BRASILEIRA: BIOPIRATARIA E A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

BRAZILIAN BIODIVERSITY: BIOPIRACY AND THE PROTECTION OF TRADITIONAL KNOWLEDGE

Luiz Ernani Bonesso de Araújo

Doutor em Direito, Professor de Direito Ambiental e Agrário do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Professor de Sociobiodiversidade do Curso de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da UFSM.

Maria Célia Albino da Rocha

Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direitos Emergentes na Sociedade Global da Universidade Federal de Santa Maria, Linha de Pesquisa em Direitos da Sociobiodiversidade e Sustentabilidade. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário de Araras “Dr. Edmundo Ulson” e especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogada.

Submetido em: 22/12/2017

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5484>

Resumo: Este trabalho faz uma análise da biodiversidade brasileira em razão de ser a maior em riquezas de espécies do mundo, por esse e outros motivos possui um cenário de destaque no âmbito nacional e internacional. Além disso, a grande biodiversidade do Brasil atrai várias pessoas e empresas que lidam com a bioprospecção, como também a abundância de recursos naturais e expansão do território amazônico propiciam a prática da biopirataria. Ademais, aborda a proteção dos conhecimentos dos povos e comunidades tradicionais. Nesse contexto, faz-se necessário investigar: em qual medida a Lei de Biodiversidade (Lei nº 13.123/2015) assegura os conhecimentos tradicionais dos povos e comunidades tradicionais? O objetivo desse estudo é analisar a proteção dos conhecimentos dos povos e comunidades tradicionais através dos instrumentos jurídicos nacionais e da Convenção de Diversidade Biológica na esfera internacional. Com o propósito de se buscar o elemento norteador desse artigo, segue uma linha metodológica fundamentada no mé-

*Thanks to *Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)* for financing this research.

todo dedutivo. Assim, envereda-se em um estudo de modo qualitativo com emprego da pesquisa bibliográfica. Os resultados adquiridos com essa pesquisa aduzem que a Convenção de Diversidade Biológica é um mecanismo utilizado no cerne internacional, que prevê princípios da soberania dos países acerca dos recursos de origem, do consentimento prévio e da repartição de benefícios, todavia, cada país deve adotar a sua própria legislação nacional, ou melhor, essa convenção dá um norte para os países desenvolverem uma lei específica sobre o tema. Dessa forma, no Brasil foi criada a Medida Provisória nº 2.186/2001 que foi revogada pela Lei nº 13.123/15. Essa lei define regras para o acesso aos recursos da biodiversidade brasileira por pesquisadores e pela indústria, porém, regulamenta direitos de povos e comunidades tradicionais, que, nessa perspectiva, passam a receber royalties pelos seus conhecimentos tradicionais.

Palavras-chave: Biopirataria; Conhecimentos tradicionais; Diversidade biológica; Populações tradicionais; Propriedade intelectual.

Abstract: *This work makes an analysis of the Brazilian biodiversity because it is the largest in the richness of species in the world, for this and other reasons has a prominent scenario in the national and international scope. In addition, the great biodiversity of Brazil attracts several people and companies that deal with bioprospecting, as well as the abundance of natural resources and the expansion of the Amazonian territory. In addition, it addresses the protection of the knowledge of traditional peoples and communities. In this context, it is necessary to investigate, to what extent does the Biodiversity Law (Law no. 13.123/2015) ensure the traditional knowledge of traditional peoples and communities? The objective of this study is to analyze the protection of knowledge of traditional peoples and communities through national legal instruments and the Convention on Biological Diversity in the international sphere. With the purpose of searching the guiding element of this article, it follows a methodological line based on the deductive method. Thus, a qualitative study is undertaken with the use of bibliographical research. The results obtained from this research suggest that the Convention on Biological Diversity is a mechanism used at the international level, which provides for principles of the sovereignty of countries over sources of origin, prior consent and benefit-sharing, however, each country should adopt its own national legislation, or rather, that convention give countries the right to develop a specific law on the subject. Accordingly, in Brazil, Provisional Measure nº 2.186/2001 was created and repealed by Law 13,123/15. This law defines rules for access to Brazilian biodiversity resources by researchers and industry, but regulates the rights of traditional peoples and communities, from which perspective they receive royalties for their traditional knowledge.*

Keywords: *Biopiracy; Traditional knowledge; Biological diversity; Traditional populations; Intellectual property.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Biodiversidade e sua relevância. 3. A proteção dos conhecimentos, povos e comunidades tradicionais. 4. Instrumentos jurídicos de salvaguarda da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A diversidade biológica do Brasil é um assunto relevante que desperta muitos interesses nos aspectos econômico, político, cultural e social. A biodiversidade da Amazônia é considerada a maior de todo planeta em termos de expansão e de número de espécies. Dessa forma, por esse ambiente ser privilegiado, também passa a ser alvo dos países desenvolvidos, especialmente, na exploração dos recursos naturais que se encontram naquele lugar.

Na Amazônia, ainda se verifica que o papel dos povos e comunidades tradicionais no cenário amazônico é fundamental na conservação da biodiversidade, pois tanto na questão de preservação do meio ambiente, como também na contribuição dos conhecimentos populares para o desenvolvimento socioeconômico do país é de grande valia. Dentre esses e outros motivos importantes se faz necessário assegurar os direitos das populações tradicionais e proteger seus conhecimentos tradicionais.

Na esfera internacional, a Convenção da Diversidade Biológica realizada em 1992 discorre sobre a importância da biodiversidade para evolução, e sua conservação deve ser uma preocupação comum da humanidade.

No preâmbulo da Convenção citada acima, diz respeito a estreita relação que têm as comunidades locais e populações indígenas com a dependência de recursos biológicos por conta da maneira de vida simples e tradicional que levam essas pessoas, sendo “desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes”.

No plano nacional, a Medida Provisória nº 2.186/2001 teve vigência por muitos anos, somente tendo sido revogada pela Lei da Biodiversidade, ou melhor, Lei nº 13.123/2015 que estabelece regras para o acesso aos recursos da biodiversidade do Brasil por pesquisadores e pela indústria. Ainda ampara direitos dos povos e comunidades tradicionais, que passam a receber royalties pelos usos de seus conhecimentos tradicionais.

Nesse sentido, faz-se necessário investigar: em qual medida a Lei de Biodiversidade (Lei nº 13.123/2015) assegura os conhecimentos tradicionais dos povos e comunidades tradicionais? O objetivo desse estudo é analisar a proteção dos conhecimentos dos povos e comunidades tradicionais através dos instrumentos jurídicos nacionais e da Convenção de Diversidade Biológica na esfera internacional.

A Convenção de Diversidade Biológica é um mecanismo utilizado no âmbito internacional, que estabelece princípios da soberania dos países acerca dos recursos de origem, do consentimento prévio e da repartição de benefícios, contudo, cada país deve adotar a sua própria legislação nacional. Essa convenção dá um norte para os países desenvolverem uma lei específica sobre o tema.

O método de abordagem desse trabalho é o dedutivo, considerando que o estudo parte da biodiversidade como a ideia abrangente para suceder às suas peculiaridades concatenadas às presentes temáticas, como a relevância dos povos e

comunidades tradicionais na conservação do meio ambiente e a contribuição de seus conhecimentos tradicionais para a sociedade. Desse modo, o estudo é regulado para alcançar um resultado convincente sobre a vigente pesquisa.

No que se refere ao método de procedimento, faz-se uso da análise bibliográfica e documental, por meio da obtenção de livros, revistas e artigos disponíveis tanto por meio físico quanto virtualmente. Ademais, utiliza-se como técnica de coleta de dados a produção de fichamentos e resumos expandidos.

Por fim, este artigo foi desenvolvido em três capítulos: o primeiro com ênfase no tema biodiversidade e sua relevância; o segundo foi abordado sobre a proteção dos conhecimentos, povos e comunidades tradicionais; e no terceiro foram mencionados os instrumentos jurídicos de salvaguarda da diversidade e dos conhecimentos tradicionais.

2 BIODIVERSIDADE E SUA RELEVÂNCIA

A Floresta Amazônica está localizada no Brasil e é nesse território vasto e abundante em recursos naturais, que sua área engloba nove estados brasileiros: Acre, Amapá, Amazonas, Maranhão, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. Além disso, suas fronteiras abrangem oito países: Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Guiana Francesa, Peru, Suriname e Venezuela.

A Amazônia possui a maior biodiversidade do planeta; conhecida como o “pulmão do mundo”, contém o maior bioma do Brasil. Nessa conjuntura, Marcio Martins e Paulo Takeo Sano (2009, p. 57) fazem um apontamento de que esse espaço é coberto por “biomas altamente produtivos (especialmente as florestas tropicais e os cerrados arbóreos) que, portanto, abrigam alta riqueza de espécies. Por esses motivos, o Brasil é o país com maior riqueza de espécies do planeta”.

Observa-se que Amazônia fica situada em um “território de 4,196. 943 milhões de km² (IBGE, 2004), crescem 2.500 espécies de árvores (ou um-terço de toda a madeira tropical do mundo) e 30 mil espécies de plantas (das 100 mil da América do Sul)” (MMA, 2012).

O Brasil dispõe na área amazônica da maior bacia hidrográfica do mundo, compreendendo vários rios: Xingu, Amazonas, Canumã, Negro, Jari, Içá, Japurá, Preto da Eva, Urubu, Solimões, Jutai, Juruá, Uaupés, Roosevelt, Purus, Madeira e o principal deles, o Rio Amazonas, que atravessa a região e despeja no Oceano Atlântico.

Nas palavras de Luiz Ernani Bonesso de Araújo (2013, p. 273), ao enfatizar acerca da relevância da biodiversidade brasileira: “Amazônia representa 53% das

matas tropicais hoje existentes no planeta. Além disso, detém uma das maiores bacias hidrográficas do mundo, cuja extensão é calculada entre 6.144.727 Km² e 7.050.000 de Km². Logo, denota o quão é riquíssima a Amazônia e isso desperta interesses na esfera nacional e internacional.

Para melhor compreensão e conhecimento da importância da temática da biodiversidade, faz-se preciso discorrer acerca da conceituação desse instituto que é primordial para a humanidade. Assim, a Convenção da Diversidade Biológica presenteia no seu dispositivo 2º com a definição da variedade biológica, com isso revelando que “a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade”, e estas “dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas”. Nessa singularidade, nota-se que a biodiversidade inclui toda vida biológica e os produtos da evolução orgânica no sentido amplo, pertencente ao contexto global.

A biodiversidade desempenha um papel elementar na regulação dos ecossistemas naturais e globalmente da biosfera. A diminuição da diversidade afeta as adaptações dos seres vivos às perturbações. Desse modo, “a biodiversidade tem um papel ecológico fundamental para os processos de regulação dos ciclos biogeoquímicos e para a sobrevivência da humanidade” (JUNGES, 2010, p. 52).

Essa diversidade no tocante à vida na natureza é fundamental para regular e equilibrar o meio ambiente, devido às transformações que ocorrem diante dos fatores sociais e naturais, dessa forma os ecossistemas reagirão às alterações sem tanto desequilíbrio.

Segundo José Roque Junges (2010, p. 51), a relevância substancial da “biodiversidade está no seu papel para a sustentabilidade biológica dos ecossistemas. Nessa perspectiva é necessário superar a redução da biodiversidade a recursos naturais para o progresso econômico”.

O meio ambiente como direito fundamental ganhou inúmeras discussões devido aos resultados adquiridos com a globalização, o crescimento exagerado das relações de consumo e a macroeconomia. A efetividade do direito que todos têm ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado trata-se de uma tarefa desafiadora para o Poder Público e para a sociedade em mantê-lo.

A problemática da biodiversidade nos dias atuais se alastra perante o avanço científico-tecnológico voltado às ideias do capitalismo visando ao lucro, em que possibilitam os interesses econômicos em torno do consumismo. Nesse cenário, a biodiversidade passa ser o capital natural de transformação futura, gerando uma disputa geopolítica.

A biodiversidade como recursos naturais movimentava o mercado mundial, sendo que essa relação é mais vantajosa para os países do Norte global. O Brasil, possuidor da maior biodiversidade do mundo, exporta sua matéria-prima pelo valor ínfimo, entretanto, quando esses recursos são modificados e trabalhados retornam na forma de importados. Além disso, os países detentores de tecnologias colocam à venda o que foi transformado e vendem por um valor exorbitante aos que lhe forneceram os recursos naturais, deixando os países do Sul em desvantagem econômica e financeira.

Na esfera internacional, as intenções da exploração da Amazônia podem ser imperceptíveis para muitos, mas esse intuito é notável devido ao mapeamento existente no local, como também pelo incremento de empresas. Sarita Albagli (1998, p. 73) discorre sobre a erosão da biodiversidade e explica muito bem a questão:

No plano internacional, os conflitos a esse respeito são menos perceptíveis ou claramente expostos. Pode-se dizer que, potencialmente, existe uma divisão que atinge as próprias indústrias do Norte, colocando, de um lado, alguns segmentos que têm um interesse potencial na conservação dos recursos genéticos como matéria-prima para seus desenvolvimentos futuros, particularmente as indústrias biotecnológicas, como a farmacêutica; e, de outro, segmentos, como as madeireiras e mineradoras, que sobrevivem de um ganho econômico mais imediato da exploração de recursos naturais, com impactos negativos sobre a biodiversidade.

De acordo com Bruno Giovany de Miranda Rosas (2006), por razões de interesses internacionais, a proteção da Amazônia deve ser priorizada pelos militares brasileiros e pela sociedade civil. Portanto, ultimamente, no local é comum haver visitas constantes de estrangeiros, que, não raramente, representam seus países. Nesta senda, demonstra-se interesse de alguns Estados internacionais com a Amazônia:

Num momento em que a fronteira econômica e demográfica se expande e se aproxima da política, estabelecendo conexões com os países vizinhos (como a integração da infra-estrutura proposta pelas duas Cúpulas Sul-Americanas), é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre preservação ambiental, desenvolvimento econômico e controle político. E para o governo brasileiro, é fundamental responder rapidamente ao vácuo criado pela redução da presença do Estado na região, especialmente no que diz respeito às forças armadas e aos serviços sociais. Isto para que as noções de soberania e de responsabilidade possam substituir as de ausência e descaso, que podem gerar a perda e/ou a degradação deste inestimável patrimônio que representa mais da metade de nosso território.

No tocante à discussão em relação à biodiversidade na Amazônia, desperta-se a celeuma do tema, onde de um lado especifica as discórdias e alternativas em torno da conservação e do uso sustentável da biodiversidade; por outro polo, destaca-se o controle sobre o acesso ao conhecimento e à informação estratégica ligada à biodiversidade brasileira.

Vandana Shiva (2001, p. 146) vai explicar melhor como discorre esse impasse acerca da biodiversidade e como remontam os dois parâmetros conflitantes levantados: “O primeiro é mantido pelas comunidades locais, cuja sobrevivência e sustentabilidade estão ligadas ao uso e conservação da biodiversidade”; ainda do outro lado surgem as questões de interesses econômicos: “o segundo é mantido pelos interesses comerciais, cujos lucros estão ligados à utilização da biodiversidade global como insumos de sistemas de produção globais, centralizados e homogêneos”.

Isto posto, a Convenção da Diversidade Biológica inova e identifica a importância dos recursos vivos tal como sendo fonte de riqueza e desenvolvimento, Maria Luiza Gastal e Muriel Saragoussi (2008, p. 47) acrescentam “ao objetivo de conservação da biodiversidade os de uso sustentado e de justa e equitativa repartição dos benefícios advindos da utilização sustentável da biodiversidade”.

Nesse sentido, percebe-se que preservar a biodiversidade é essencial, entretanto, para essa atividade, deve ser debatida a forma adequada de uso sustentável, com investimentos em biotecnologia incrementada à ética, transparência e repartição de benefícios àqueles que detêm esse direito.

Na Amazônia constata-se a imensa riqueza natural naquele cenário verde, onde nem todas as espécies vivas foram identificadas. Diante de inúmeras pesquisas, ainda há muito a ser descoberto pelos pesquisadores. E outra preocupação se dá com os falsos pesquisadores, ou melhor, os biopiratas.

Contudo, aquela região é salientada por significativa sociodiversidade, em virtude dos povos e comunidades tradicionais habitarem no local há muitos anos, por fazer parte de várias gerações. Sendo assim, Vinícius Garcia Vieira (2012, p. 20) menciona que estes povos “desenvolveram conhecimentos acerca da natureza diversa que se encontra no ambiente, com emprego para diversas finalidades, desde rituais religiosos a usos terapêuticos e cosméticos”.

Nesse cenário de debate, estimula-se investigar a respeito dos povos e comunidades tradicionais em razão do contato que têm com a natureza, de extrema relevância para sociedade. Além disso, referenda-se que essas populações auferem merecimentos perante suas contribuições sociais, econômicas e culturais pelas construções e ensinamentos dos seus conhecimentos populares.

3 A PROTEÇÃO DOS CONHECIMENTOS, POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS

O Brasil é um país que tem uma biodiversidade de um valor imensurável. A sua área é composta por paisagens da Mata Atlântica, da Caatinga, do Cerrado, da Amazônia, dos Pampas e do Pantanal. Dessa maneira, o espaço brasileiro é considerado biodiverso e, como abriga várias comunidades, ainda é classificado por sociodiverso.

Para José Roque Junges (2010, p. 53), “o Brasil detém, além de grande biodiversidade e, certamente por causa dela, uma rica diversidade cultural de formas de trato com a natureza e de interações locais com os ecossistemas”.

A Amazônia, por ser uma zona abundante de recursos naturais, permite que os povos e comunidades tradicionais tenham uma qualidade de vida em morar naquele ambiente e, assim, propicia a eles adquirirem conhecimentos tradicionais valiosos para a biotecnologia, contribuindo também com o desenvolvimento do país.

A grande diversidade do Brasil atrai pessoas e empresas de muitos lugares do mundo que lidam com o instituto da bioprospecção e, com essa prática, passam a pesquisar e explorar a biodiversidade da região, alguns de forma regular, mas outros de maneira ilegal.

Dessa maneira, aponta-se que a presença dos povos e comunidades tradicionais na Amazônia é primordial para a conservação do meio ambiente, por conta das práticas sustentáveis que empregam na natureza. No entanto, essas populações, muitas vezes, são ludibriadas com falsas promessas de pessoas com interesses nas suas informações, que acabam adquirindo o conhecimento tradicional e, conseqüentemente, apropriam-se dos recursos naturais sem nenhuma recompensa.

O conhecimento tradicional trata-se de um saber coletivo, enraizado pela peculiaridade circundante da biodiversidade. Assim, essa compreensão está associada ao patrimônio local que é realizado através da oralidade, na maioria das vezes; todavia, pode ser escrito e transmitido pelos povos e comunidades tradicionais, que adquiriram no decorrer das gerações passadas estes conhecimentos, que continuam, por sua vez, sendo dinâmicos.

No entendimento da Margarita Flórez Alonso (2005, p. 298), nas comunidades tradicionais, para assegurar os conhecimentos tradicionais, existe uma proteção interna que é desenvolvida pelas suas próprias instituições para a “utilização deste conhecimento e estabelecem os seus códigos internos para proteger tais conhecimentos de acordo com a dimensão e o significado social que estes têm”. Desse modo, existe a responsabilidade individual e o cuidado de maneira coletiva

do mundo, que estão ligados aos seus elementos confiados ao “seu proprietário espiritual, uma divindade à qual se deve pedir permissão para a utilização do mundo e prestar contas pela forma como dele se cuida”.

No Decreto nº 6.040/07, que contempla a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, estabelece-se a designação dos povos e comunidades tradicionais, no dispositivo jurídico 3º, § 1º, que serve para esclarecer que fazem parte de “Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa”, e ainda “ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição”.

Nesse diapasão, depreende-se que, ao longo dos anos, os conhecimentos tradicionais têm sido plano para variadas inovações nos diferentes campos, como técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca, saberes acerca de ecossistemas, como também em conhecimento relacionado à agricultura, à produção medicinal e alimentícia, dentre outros.

A cultura brasileira tem grande influência indígena, pois traça formas harmônicas na relação com a natureza que o sistema capitalista despreza por visar o lucro diante dos recursos naturais. E José Roque Junges (2010, p. 54) acrescenta que “estão se perdendo devido a um manejo dos recursos naturais pautado pelo mercado globalizado que despreza a visão holística do camponês tradicional”.

Ela Wiecko Volkmer de Castilho (2003, p. 459) relata que o conhecimento tradicional gerado pela população tradicional não é fixo, logo, é construído a partir de uma geração que passa para as do porvir. Isso acontece devido a relação estreita que essas pessoas têm com a natureza e que vão reproduzindo os saberes conforme algumas transformações. Assim sendo, “não fixa as coisas no passado, mas apenas carrega o acúmulo de experiências já vividas e aprovadas pelos antepassados para aplicá-las no presente, adaptando-as em busca da reprodução de sua eficácia”.

O Brasil sempre foi fonte de riqueza, sendo que por volta da década de 1980, na conjuntura do desmatamento crescente na Floresta Amazônica, ocorreu que o debate mundial se voltasse para essa região. Nesse sentido, averigua-se que na Amazônia se concentram os habitats ricos em espécies na esfera global, sendo, portanto, uma área com grande risco de degradação.

Ademais, em relação à biodiversidade brasileira, há muitos anos já se percebia o seu aproveitamento a respeito da lógica de mercado. Nessa perspectiva, a conversa se afluava acerca dos avanços da biotecnologia, pois era evidente a importância dos recursos genéticos para o desempenho na economia do futuro.

Contudo, os detentores dos conhecimentos tradicionais sobre a biodiversidade são os povos e as comunidades tradicionais, sendo que, por isso, precisam ser amparados pelo ordenamento jurídico. Diante disto, a Convenção da Diversidade Biológica de 1992 teve essa preocupação com a biodiversidade e com os povos e comunidades tradicionais, porém, não se demonstrou suficiente para as proteções desses.

Neste seguimento, para uma mais adequada compreensão quanto aos instrumentos jurídicos e à matéria levantada, faz-se necessário verificar outros institutos na ótica ambiental. Por isso, aborda-se os detalhamentos do tópico posterior.

4 INSTRUMENTOS JURÍDICOS DE SALVAGUARDA DA BIODIVERSIDADE E DOS CONHECIMENTOS TRADICIONAIS

O teor da biodiversidade está respaldado pela Constituição da República Federativa do Brasil, no dispositivo constitucional 225, mas, posteriormente, a Convenção da Diversidade Biológica de 1992 intensifica e estabelece sobre a temática e aos povos e comunidades tradicionais. Prescreve o artigo da Constituição:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

A Convenção da Diversidade Biológica (CDB) é um instrumento de âmbito internacional que contempla princípios da soberania dos países a respeito dos recursos de origem. Refere-se, ainda, ao princípio do consentimento prévio para ter acesso aos conhecimentos tradicionais, como também trata da repartição de benefícios quando forem utilizados os saberes tradicionais.

A CDB identifica, no seu preâmbulo, a função das comunidades indígenas e locais na conservação da biodiversidade. No seu artigo 8º, prescreve que se deve “respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da biodiversidade”.

Entretanto, essa Convenção cita que cada país deve adotar a sua própria legislação acerca do tema, o que significa que cada país é soberano no que tange a biodiversidade de seu território.

Nesse contexto, o Brasil, como possui a maior biodiversidade do global, preocupou-se em assegurar esses recursos naturais. Assim, no ano de 2001, foi criada a Medida Provisória nº 2.186, que permaneceu em vigência por muitos anos,

tendo sido alterada por 16 (dezesesseis) vezes e revogada somente com a Lei nº 13.123/2015 (Lei da Biodiversidade).

Essa medida provisória não discorria sobre questões basilares. Desse modo, Juliana Santilli (2008, p. 171) aponta como se dá o processamento da autorização de acesso aos conhecimentos tradicionais compartilhados por variados povos e comunidades, “situação extremamente comum, assim como não define os mecanismos de repartição de benefícios em tais situações, como fundos geridos pelas próprias comunidades, definidos por regiões ecoculturais”.

Ademais, outro problema encontrado na medida é que antes de ter acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional associado como condição para concessão da autorização desse contato, a medida provisória já exige a assinatura do contrato de repartição de benefícios, quando se trata de pesquisa com perspectiva de exploração comercial, ou seja, a pessoa nem obteve o resultado da pesquisa, mas de imediato já se definem os benefícios a serem repartidos.

Cita Juliana Santilli (2008, p. 172), ainda, nas mesmas entrelinhas, que “não estão definidas as formas de representação das comunidades e povos tradicionais nas autorizações de acesso e contratos de repartição de benefícios”. Além do mais, observa que “não estão previstas nenhuma política que integrem ciência e tecnologia e populações tradicionais”, dentre outras críticas que foram levantadas sobre as omissões de pontos importantes a serem incluídos.

A Medida Provisória nº 2.186/01 gerou muitos impasses no plano nacional, de forma que não gerava segurança jurídica, pois sofreu várias mudanças no seu texto, além de ser extremamente burocrática e de complexa compreensão.

Destaca-se, até então, que para realizar uma pesquisa acadêmica ou desenvolvimento de cunho tecnológico era necessária uma autorização do Conselho de Patrimônio Genético, por conseguinte, a obtenção era morosa.

Com relação à repartição dos benefícios, como os povos e comunidades tradicionais são os detentores do conhecimento tradicional, deveria ser direcionado a essas pessoas, porém, era difícil a identificação de todos os membros da comunidade, tendo em vista que nem sempre essas pessoas estão localizadas na mesma localidade.

Além disso, essa medida provisória era concernente à regularização das atividades que estavam em desacordo com ela, já que não criava e nem facilitava a situação para essas pessoas estarem em conformidade com as normas. Tratava-se quase que um incentivo para a atividade da biopirataria.

De acordo com Marcio Martins e Paulo Takeo Sano (2009, p. 97), a biopirataria se dá especialmente através do apoderamento indevido realizado por em-

presas, indivíduos ou instituições “de recursos genéticos biológicos e dos conhecimentos a eles associados com o objetivo de se obter monopólio e lucro sobre tais recursos ou conhecimentos”.

A relação conflitante da biopirataria frente ao patenteamento de produtos resultantes dos recursos genéticos também é um problema de fronteira que merece atenção.

O Brasil deve desenvolver uma política de combate à pirataria de sua biodiversidade, logo, faz-se inevitável coibir essas práticas imorais e fomentar uma conscientização da população.

Os recursos genéticos sofisticados encontram-se na parte interna das plantas e dos animais que podem resultar em produtos com valor econômico a partir da pesquisa e do desenvolvimento tecnológico.

Nessa função, esse produto com valor agregado pode ser patenteado e comercializado com muitos ganhos no campo de fármacos, de cosméticos, de alimentação, de energia e de biotecnologia, dentre outros. A bioprospecção é interessante para a sociedade, o Estado, as corporações e as populações tradicionais.

No entanto, essa política não pode ser apenas repressiva, devendo haver incentivos no plano da biotecnologia com capacitação de pesquisadores e de instituições para ampliar projetos de pesquisas ligadas aos recursos da diversidade biológica. Além de tudo, deve-se impulsionar as empresas brasileiras a expandirem o trabalho com a biodiversidade.

A preservação da biodiversidade é elementar para continuar existente e irradiando seus benefícios. Marcio Martins e Paulo Takeo Sano (2009, p. 77) ressalvam um aspecto relevante acerca da preservação da biodiversidade que deve ser considerado: “há incontável número de agrupamentos humanos tradicionais que preservam culturas e saberes relativos à biodiversidade do local em que vivem. Só para citar o Brasil como exemplo, são comunidades indígenas [...]”.

Todavia, deve existir a discussão da maneira adequada de utilização sustentável a respeito da biodiversidade e dos investimentos em biotecnologia com emprego da ética, transparência nas negociações e repartições de benefícios para os fornecedores dos conhecimentos tradicionais.

A Medida Provisória 2.186/01 é uma legislação complexa para seu entendimento, o que, às vezes, dificultava seu cumprimento. Aliás, essa medida deveria prever os três princípios da Convenção da Diversidade Biológica: conservação da biodiversidade, uso sustentável da biodiversidade e o acesso e a repartição de benefícios do patrimônio genético. Todavia, focava mais na conservação da diversidade biológica sem o destaque do uso sustentável.

Uma das grandes críticas a essa medida é que, sem uso sustentável, não se garante a repartição de benefícios para os povos e comunidades tradicionais, que possuem o conhecimento tradicional sobre a biodiversidade. Sem recurso, não há renda para se destinar aos projetos relacionados à conservação da biodiversidade.

A Lei da Biodiversidade (Lei nº 13.123/2015) é um complemento da Convenção da Diversidade Biológica de 1992. Designa regras para o acesso aos recursos da biodiversidade brasileira por pesquisadores e pela indústria, posto que regulamenta os direitos de povos e comunidades tradicionais que, através da contribuição dos conhecimentos tradicionais repassados, recebem royalties.

A questão da biodiversidade precisava ser equacionada de maneira que todos participantes dessa relação ficassem satisfeitos: os povos e comunidades tradicionais, o Estado e a Indústria. Com a Lei 13.123/15, desburocratizou-se o acesso ao conhecimento genético, porque, anteriormente, com a citada Medida Provisória, tinha-se que adquirir uma autorização do Conselho Nacional de Patrimônio Genético, que demorava em torno de 2 (dois) anos para se conseguir e, então, ter uma bioprospecção para iniciar a pesquisa.

Com a atual Lei nº 13.123/2015 o interessado realiza um cadastro eletrônico e o Conselho Nacional de Patrimônio Genético autoriza a pesquisa ou não, facilitando o acesso. Posteriormente, faz-se uma notificação com especificações do que irá ser pesquisado e desenvolvido. Desse modo, sem a prática do cadastro não se pode comercializar o produto, nem o colocar no mercado e, principalmente, não se pode divulgar o resultado da pesquisa.

A enfatizada lei disserta que no produto final deve ser demonstrado que o conhecimento local transferido pelos povos e/ou comunidades tradicionais foi fundamental para se chegar aquele resultado. Nota-se, ainda, que o valor repassado aos contribuidores dos saberes para se chegar aquele resultado almejado é mínimo. O mais absurdo é que esse benefício pode ser substituído por outra forma de pagamento sem ser em dinheiro.

Outrossim, essa lei determina a criação de um fundo específico para que sejam administrados esses recursos advindos da negociação com a indústria farmacêutica. Logo, percebe-se uma flexibilização sobre o contexto da biotecnologia. Mesmo a Lei nº 13.123/15 garantindo uma repartição de benefício (inovação que a Medida Provisória nº 2.186/2001 não garantia), observa-se que se trata de uma legislação tendente aos interesses das instituições de pesquisas e das indústrias.

CONCLUSÃO

O Brasil é o país que detém a maior floresta tropical e possui a maior biodiversidade do planeta. Em vista disso, com esse cenário rico, a biodiversidade brasileira passa a ser um território muito visado, principalmente, pelos países do Norte global que detêm as devidas tecnologias para explorar os recursos naturais.

Essa riqueza natural, conseqüentemente, obriga o país a adotar uma máxima responsabilidade na conservação e no uso sustentável da diversidade biológica, assim como instiga uma grande atenção aos discursos internacionais sobre o assunto e superior fomento a uma política interna de conscientização da população quanto à importância do uso sustentável da biodiversidade.

A Convenção da Diversidade Biológica de 1992 despertou a sensibilidade a respeito do meio ambiente e dos problemas ambientais no Brasil. A CDB incentiva o uso da biodiversidade de maneira consciente – a utilização da biodiversidade para o bem-estar humano respeitando os direitos das comunidades e destinando uma parte dos benefícios para a própria conservação da diversidade biológica. No entanto, não restou suficiente para impedir algumas falhas na criação da legislação interna.

A Convenção sobre Diversidade Biológica dispõe que cada país é soberano para criar uma lei interna sobre biodiversidade. O Brasil criou, em 2001, a Medida Provisória nº 2.186, que foi alterada dezesseis vezes, a qual não transmitia segurança jurídica e não era satisfatória para amparar de forma razoável as questões pertinentes à biodiversidade e aos povos e comunidades tradicionais.

A relação existente acerca da biodiversidade no tocante à esfera internacional é desigual, tendo em vista que grande parte das riquezas naturais estão concentradas no Sul global e, em contrapartida, as tecnologias estão nos países do Norte. Isso implica um enfrentamento geopolítico em razão das políticas públicas de acesso aos recursos naturais.

A biodiversidade brasileira atrai pessoas, empresas e instituições que desenvolvem seus trabalhos e pesquisas na exploração da diversidade biológica da região e dos recursos genéticos e bioquímicos, que tem um valor no cerne comercial. Entretanto, existem os povos e as comunidades tradicionais que detêm o conhecimento tradicional e, logo, são detentores de direitos que devem ser respaldados e assegurados, primordialmente, pelo Estado.

O Brasil deve investir em políticas públicas para evitar a prática de acesso ilegal de seus recursos ecológicos, pois combater a biopirataria é essencial para arrecadar benefícios para o desenvolvimento da população tradicional e do próprio país.

O território brasileiro sempre foi uma fonte de riqueza, mas mal administrada. A crescente prática da biopirataria traz grandes prejuízos diários. Nesse sentido, o país deve ter sua própria política nacional sobre biotecnologia, capacitar seus pesquisadores e instituições para desenvolverem projetos de pesquisas com os próprios recursos da biodiversidade brasileira e, ainda, deve estimular as empresas do Brasil a trabalharem com os recursos naturais.

Portanto, deve existir uma relação de equilíbrio e repressão às práticas ilegais. Também deve ser estimulado o uso sustentável da biodiversidade e investimentos em biotecnologia com transparência e ética nas repartições de benefícios aos possuidores dos conhecimentos tradicionais.

O papel dos povos e comunidades tradicionais se faz necessário e é relevante na conservação da biodiversidade. Essas pessoas nasceram nesse ambiente e ensinam a dependência à natureza, considerando seus modos de vida estritamente dependente ao ecossistema.

A Lei da Biodiversidade (Lei nº 13.123/15) menciona que no produto final deve ser demonstrado que o conhecimento local transferido pelos povos e/ou comunidades tradicionais foi essencial para se chegar aquele resultado. Logo, verifica-se o valor repassado aos contribuidores dos saberes para se chegar aquele resultado. Desse modo, verifica-se que o valor repassado aos contribuidores dos saberes para se chegar àquele resultado é mínimo.

Verificou-se, também, que as políticas públicas são formadas por ações do Estado que pretendem assegurar para a sociedade determinado direito. Assim, no dispositivo constitucional 225 ressalva-se que o meio ambiente é um direito fundamental de todos e corresponde a Política Nacional do Meio Ambiente, nesse sentido, é de competência comum de todos os entes federados e deve haver a participação, inclusive, da sociedade.

Ademais, não basta serem criadas leis ou políticas mais rígidas com o intuito de resultados mais expressivos da ação pública. Os maiores problemas não estão presentes na criação dessas leis, entretanto, deve-se enfatizar mais a aplicação e efetivação das normas. Dessa maneira, é necessário haver uma conscientização da população do valor e da importância do meio ambiente, como também uma cobrança do Estado em exercer seu papel perante às políticas públicas.

Diante dos estudos sobre a temática em apreço, nota-se que “uma das estratégias mais interessantes para a conservação cultural e ambiental em áreas indígenas é integrar estudos acadêmicos e levantamentos da biodiversidade local com educação indígena” (ATHAYDE; SILVA; TRONCARELLI, 2008, p. 194). Isto posto, essa medida demonstra-se como um dos vários caminhos que podem ser

trilhados para a valorização da biodiversidade, além de enfatizar a relevância das comunidades tradicionais no território amazônico.

À vista disso, torna-se necessário se investir em estudos científicos e, por conseguinte, em tecnologia, do mesmo jeito que, incluir o desenvolvimento sustentável como uma proposta de sugestão para conciliar o crescimento econômico e a sustentabilidade ecológica e social.

REFERÊNCIAS

ALBAGLI, Sarita. *Geopolítica da Biodiversidade*. Brasília: IBAMA, 1998.

ALONSO, Margarita Flórez. Proteção do conhecimento tradicional?. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Semear outras soluções: os caminhos da biodiversidade e dos conhecimentos rivais*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de. O Direito da Sociobiodiversidade. In: TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso de; SILVA, Rosane Leal da. *Direitos Emergentes na Sociedade Global: anuário do programa de pós-graduação em direito da UFSM*, Ijuí: Unijuí, 2013.

ATHAYDE, Simone Ferreira de; SILVA, Geraldo Mosimann da; TRONCARELLI, Maria Cristina. Educação ambiental e conservação da biodiversidade: A experiência dos povos do Parque Indígena do Xingu. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade: como, para que e por quê*. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília. Instituto Socioambiental, 2008.

BRASIL. Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília-DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. *Lei 13.123, de 20 de maio de 2015*. Dispõe sobre o acesso ao patrimônio genético. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13123.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/09/2017.

BRASIL. *Medida Provisória 2.186, de 23 de agosto de 2001*. Dispunha sobre o acesso ao patrimônio genético. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

BRASIL, *Ministério do Meio Ambiente*. 2012. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biomas/amaz%C3%B4nia>>. Acesso: 21 set. 2017.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer. Parâmetros para o regime jurídico sui generis de proteção ao conhecimento tradicional associado a recursos biológicos e genéticos. In: MEZZARROBA, Orides (Org.). *Humanismo latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Arthur Boiteux, 2003.

GASTAL, Maria Luiza; SARAGOSSI, Muriel. Os Instrumentos para a Conservação da Biodiversidade. In: BENSUSAN, Nurit (Org.). *Seria melhor mandar ladrilhar? Biodiversidade:*

como, para que e por quê. 2 ed. Brasília: Universidade de Brasília. Instituto Socioambiental, 2008.

JUNGES, José Roque. *(Bio) Ética Ambiental*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2010.

MARTINS, Marcio; SANO, Paulo Takeo. *Biodiversidade tropical*. São Paulo: Unesp, 2009.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. 2000. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_chm_rbbio/_arquivos/cdbport_72.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2017.

ROSAS, Bruno Giovany de Miranda. Soberania sobre a Amazônia Legal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1040, 7 maio 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8314>>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SANTILLI, Juliana. A biodiversidade e os povos tradicionais. In: BENSUNSAN, Nurit (Org) *Seria Melhor Ladrilhar?* Biodiversidade como, para que, porquê. Brasília: UNB, 2008.

SHIVA, Vandana. *Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento*. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

VIEIRA, Vinícius Garcia. *Direito da Biodiversidade e América Latina: a questão da Propriedade Intelectual*. Ijuí: Unijuí, 2012.

DOS DESASTRES SOCIOAMBIENTAIS AO DIREITO: FATORES APLICÁVEIS E BREVE QUADRO JURÍDICO*

FROM ENVIRONMENTAL DISASTERS TO LAW: APPLICABLE FACTORS AND BRIEF LEGAL SCENARIO

Gabriel Antonio Silveira Mantelli

Mestrando em Direito e Desenvolvimento na FGV Direito SP e bolsista CAPES/PROSUP. Graduado em Direito pela USP. Integra o Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento da FGV Direito/SP.

Submetido em: 20/09/2017

Aprovado em: 12/06/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.4871>

Resumo: O artigo analisa a problemática dos desastres socioambientais tendo como norte a elaboração de um quadro jurídico atinente ao tema. Determinados fatores potencializam os riscos socioambientais dos desastres: a estrutura econômica; a conceituação da sociedade de risco; o crescimento populacional; a ocupação desordenada do solo; a falta de infraestrutura; e, por fim, o quadro de crise climático-ambiental. A vulnerabilidade e a resiliência se apresentam como fatores transversais. É por meio de um quadro jurídico-institucional bem formatado que poderá se antecipar, prever e lidar melhor com os desastres. Um direito aplicável aos desastres se apresenta como um desafio. Vê-se que esse ramo do direito é multidisciplinar e que se coaduna com a gestão de risco, conceito circular e que se retroalimenta nas etapas de mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução. Ademais, esse ramo está estritamente conectado com a lei reguladora.

Palavras-chave: Desastres; Direito; Resiliência; Vulnerabilidade; Crise socioambiental.

Abstract: *This paper analyzes the issue of environmental disasters and its legal scenario. Certain factors potentiate the socio-environmental risks of disasters: the economic structure; the risk society; the population growth; the disordered occupation of the soil; the lack of infrastructure; and, finally, the climate-environmental crisis. Vulnerability and resilience are seen as transversal factors. It*

* Este texto é fruto de pesquisa realizada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo sob orientação de Patrícia Faga Iglecias Lemas. A pesquisa se beneficia indiretamente da bolsa na modalidade taxa da CAPES. Agradeço aos comentários de versões preliminares do texto ao grupo de extensão Clínica de Direito Ambiental Paulo Nogueira Neto.

is through a well-structured legal and institutional framework that it can be better to anticipate, predict and deal with disasters. A disaster law is a challenge. It is seen that this branch of law is multidisciplinary and it is related to risk management, a circular concept that is fed into the stages of mitigation, emergency response, compensation, government assistance and reconstruction. In addition, this branch is strictly connected with the regulatory law.

Keywords: Disasters; Law; Resilience; Vulnerability; Socioenvironmental crisis.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fatores de potencialização do risco de desastres. 3. Fatores transversais aos desastres: vulnerabilidade e resiliência. 4. Acepção jurídica para os desastres. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A noção de desastre socioambiental se modifica com o desenvolvimento das sociedades, não sendo rara a coexistência de distintas definições para a expressão dentro de um mesmo contexto histórico e social. Fato é que desastres e calamidades estão presentes no cotidiano humano há tempos, sendo que hoje em dia eles também se qualificam como preocupações de ordem social e ambiental. Alguns desastres, apesar de antigos, se transformaram em problemas que são geridos até hoje, como nos célebres casos da contaminação radioativa de Chernobyl, na Ucrânia, em 1986, e do furacão Katrina, nos Estados Unidos, em 2005 (CARVALHO; DAMACENA, 2013, P. 19-20). No Brasil, os desastres do Rio de Janeiro em 2011¹ e de Mariana em 2015² constituem paradigmas violentos que dificilmente sairão do imaginário social do brasileiro.

¹Sobre os desastres envolvendo inundações e movimentos de massa no Rio de Janeiro, vide: “Nos últimos anos (2010 e 2011) mais de mil pessoas morreram nos desastres em Angra dos Reis, na Região Metropolitana do Rio de Janeiro e na Região Serrana do Rio de Janeiro. O Megadesastre da Região Serrana do estado do Rio de Janeiro ocorreu entre os dias 11 e 12 de Janeiro de 2011, atingindo sete cidades da região serrana, principalmente as cidades de Nova Friburgo, Teresópolis e Petrópolis, causando a morte de 947 pessoas” (DOURADO, Francisco; ARRAES, Thiago Coutinho; SILVA, Mariana Fernandes e. O megadesastre da região serrana do Rio de Janeiro: as causas do evento, os mecanismos dos movimentos de massa e a distribuição espacial dos investimentos de reconstrução no pós-desastres. *Anuário do Instituto de Geociência – UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 43-54, 2012).

²O desastre de Mariana corresponde ao rompimento da barragem do Fundão, em novembro de 2015, na região de Mariana, Minas Gerais. Para um contexto aprofundado, vide: LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. *Sinapse Múltipla*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1-14, jun. 2016; BOTTECHIA, Juliana Alves de Araújo; GOBI-RA, Marcia Barbosa; SOUSA, Ana Lucia Martins. Lições de Mariana e a contaminação do Rio Doce. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, a. 3, v. 1, p. 169-187, fev. 2017; SILVA, Camila Veras Pessoa da. *Lama, luto e luta: a vivência dos atingidos pelo desastre da Samarco e a organização popular no Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) como estratégia de enfrentamento*. 2017. 195 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Departamento de Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

Historicamente, podem-se distinguir duas fases no entender das causas de um desastre: uma inicial dimensão espiritual, em que o agente de um desastre se qualifica em interpretações de ordem religiosa e ligadas à ideia não mundana de destino; e uma posterior dimensão racional, em que se procura compreender o fenômeno dos desastres por meio de instrumentos científicos e embasados na razão.³ Do ponto de vista conceitual, tem-se a possibilidade de se vislumbrar os desastres por meio de diferentes óticas. A literatura jurídica norte-americana exemplifica a polissemia recorrendo, de um lado, ao campo da sociologia, que tende a definir desastres em termos de ruptura social causada por eventos destrutivos e extraordinários; e, de outro, aos estudiosos da gestão de risco, que definem desastres em termos de resposta legal e amparo governamental necessários para o enfrentamento dessas situações anômalas (FARBER *et al*, 2009, p. 03).

Por sua vez, a conceituação adotada pela *International Strategy for Disaster Reduction* (UN-ISDR), órgão da Organização das Nações Unidas (ONU) responsável pela temática dos desastres, considera desastre como uma grave perturbação do funcionamento de uma comunidade ou uma sociedade envolvendo perdas humanas, materiais, econômicas ou ambientais de grande extensão, cujos impactos excedem a capacidade da comunidade ou da sociedade afetada de arcar com seus próprios recursos (UM-ISDR, 2009). Já o *Centre for Research on the Epidemiology of Disaster* considera desastre como sendo um evento que supera a capacidade local, a qual necessita de auxílio externo em nível nacional ou internacional; também pode ser um evento imprevisto e frequentemente súbito que causa grandes danos, destruição e sofrimento humano (VOS *et al*, 2010, p. 12). Na legislação brasileira, o conceito de desastre encontra guarida no artigo 2º, II, do Decreto Federal nº 7.257/2010, em que é definido como “resultado de eventos adversos, naturais ou provados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais”. Em vista de tal conceituação, conforme Carvalho e Damacena, pode-se dizer que o ordenamento brasileiro apresenta uma maior abertura cognitiva aos múltiplos fatores socioambientais que compõem um desastre (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 27).

³ Sob o mesmo ponto de vista, Carvalho sintetiza: “[...] há, nitidamente, na história, uma passagem de um momento em que os desastres eram compreendidos apenas como eventos divinos, incontroláveis e exteriores, para um momento em que estes servem como parâmetro que justifica à antecipação racional, seja a partir das informações científicas disponíveis ou mesmo dos aprendizados obtidos com o passado. Este processo é acompanhado pela superação de um paradigma da decisão pelo medo, aprisionado em observações místicas e religiosas, em direção a processos orientados a uma racionalização das incertezas inerentes aos riscos e perigosos catastróficos, inserido este em uma matriz construtivista (pró-ativa)” (CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 17, v. 67, p. 109, 2012).

A multiplicidade de definições é latente. De toda forma, ser vítima de um desastre é passar por uma experiência social bastante dolorosa e dramática, pois significa sofrer as consequências materiais e afetivas de algo a que o cidadão ou a cidadã não deu causa. Do ponto de vista ambiental, importante notar que não sofre só o ser humano,⁴ como também a natureza em seu sentido ecossistêmico e ecológico. Nessa esteira, a força simbólica dos desastres merece a atenção dos olhos jurídicos para que se possa evitá-los e para que se estabeleça um quadro normativo capaz de lidar com as complexidades advindas dos cenários pós-calamidade. Dentro desse contexto, o presente artigo, além desta introdução, está dividido em três momentos fundamentais. Primeiro, busca contribuir para a temática dos desastres ambientais elencando os fatores de potencialização desses eventos. Segundo, dialoga a questão dos desastres com a transversalidade da resiliência e da vulnerabilidade. Terceiro, então, discorre sobre um sentido jurídico para o enfrentamento dessas questões e, com isso, explora a eminência do direito dos desastres, elucidando suas principais características. Para tanto, a metodologia utilizada neste trabalho é fundamentalmente baseada em revisão bibliográfica, doutrinária e normativa.

2 FATORES DE POTENCIALIZAÇÃO DO RISCO DE DESASTRES

Há a sinalização de que atualmente determinados fatores e situações acabam por ampliar a chance de ocorrência de desastres e a potencializar os efeitos adversos deles. Focando nos aspectos sociais, Freire, Bonfim e Natenzon expõem que “o crescimento da população global, a pobreza, a escassez de terra e a urbanização em muitos países têm aumentado o número de pessoas que vivem em áreas propensas a desastres” (FREIRE *et al*, 2014, p. 3756). Abarcando estes fatores e também os ambientais, Carvalho e Damacena elencam quatro fatores de amplificação dos riscos e dos custos socioambientais dos desastres: a estrutura econômica dominante, o crescimento da população humana e o modo como se decide ocupar o solo, a infraestrutura verde e construída, e a mudança do clima causada pela excessiva intervenção humana no meio ambiente (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 47).

Primeiro, tem-se que o fazer humano industrial, do modo usual e predominante em nossos tempos, aumenta a chance de desastres. Sobre o sistema de produção da economia de mercado, por exemplo, Milaré descontrói a correlação

⁴Para um estudo primoroso sobre o impacto dos desastres no âmago da vida social, especialmente das mulheres, vide: VALENCIO, Norma Felicidade L. da S.; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor; LOPES, Daniela da Cunha. O desastre como desafio para construção de uma hermenêutica diatópica entre o Estado e os afetados. *Cronos*, Natal, v. 8, n. 1, p. 81-100, jan./jun. 2007.

entre modernidade e melhoria, ao dispor que “os avanços proporcionados pela ciência não significam necessariamente uma elevação do progresso e do bem-estar, como se pensou a partir da Idade Moderna, na linha de uma espécie de ‘otimismo técnico’”. Na verdade, como bem explica o mesmo autor, “a racionalidade técnica deixa de ser encarada como um instrumento neutro para a promoção de objetivos da humanidade, sendo indiscutível a sua potencialidade para se converter em mecanismo de opressão do homem sobre a natureza” (MILARÉ, 2009, p. 121). Constatação essa que se reflete nos espaços econômicos de produção. Dentro desse panorama, pode-se atestar que as condições econômicas contemporâneas, globalmente dominadas pela economia de mercado e pela industrialização, potencializam o risco de ocorrência de desastres de duas formas: de um lado, em razão da matriz econômica *just-in-time*⁵ e, de outro, da interdependência da infraestrutura produtiva.⁶

Além disso, da perspectiva da sociologia, a imperatividade da sociedade de risco é outro fator de amplificação da possibilidade de ocorrência de eventos extremos. Morato Leite e Venâncio explanam que:

A revolução industrial do século XVIII foi o embrião do que se chama hoje de sociedade de risco, potencializada pelo desenvolvimento tecnocientífico e caracterizada pelo incremento na incerteza quanto às consequências das atividades e tecnologias empregadas no processo econômico (MORATO LEITE; VANÂNCIO, 2014, p. 117).

Sarlet e Fensterseifer também chamam atenção para o advento da sociedade de risco,⁷ “uma fase do desenvolvimento da sociedade moderna em que os riscos

⁵ O *just-in-time* pode ser definido como um sistema de administração de sincronia em produção, transporte e venda em tempo exato, tendo por princípio a produção industrial por demanda. Exemplo da potencialização dos custos socioambientais que tal sistema acarreta se deu quando um terremoto em 2011 atingiu o Japão e o país sofreu da falta de estoques para suprir as necessidades da população e para garantir a produção industrial. Sobre o *just-in-time*, vide: SCHONBERGER, Richard J. *Técnicas industriais japonesas: nove lições ocultas sobre simplicidade*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1984.

⁶ O quadro produtivo contemporâneo é caracterizado pela existência de uma complexa rede em que o prejuízo de um setor pode proporcionar um efeito em cadeia devastador. Se setores fundamentais são danificados, toda produção industrial é afetada. Dessa forma, por exemplo, a falta de setores como o de energia ou de transporte prejudica o funcionamento dos hospitais e o abastecimento de alimentos e medicamentos, que são essenciais em eventos catastróficos.

⁷ Nesse sentido, explicam: “Os conhecimentos tecnológicos e científicos, que deveriam ter o desenvolvimento, o bem-estar social e a dignidade e qualidade da vida humana como suas finalidades maiores, passam a ser, em decorrência da sua instrumentalização inconsequente levada a cabo pelo ser humano, com todo o seu poder de criação e destruição, a principal ameaça à manutenção e à sobrevivência da espécie humana, assim como de todo ecossistema planetário, caracterizando um modelo de *sociedade de risco*, como bem diagnosticou o sociólogo alemão Ulrich Bech” (SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a*

sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pelo momento da inovação, iludem cada vez mais as instituições de controle e proteção da sociedade industrial” (LASH *et al*, 1998, p. 27). Junto a isso, os desastres, que eram tradicionalmente vislumbrados somente sob a ótica casuística, passam a ganhar dimensões humanas.⁸ E, nesse caso, a potencialização para a ocorrência de eventos adversos se dá como reflexo do aumento do risco e da incerteza.

Segundo, a combinação de crescimento populacional com a ocupação do solo de forma desordenada corrobora para a intensificação de desastres. Nas palavras de Dill,

[c]rescimento que é causa e consequência da urbanização caótica, com os corolários indissociáveis: ocupação de fundos de vales e várzeas, poluição hídrica, destruição da flora e da fauna, necessidade de implementação de sistemas de abastecimento de água, esgotamento sanitário, drenagem, serviços e geração de empregos. Fenômenos estes que formam os trilhos por onde trafega o trem da degradação ambiental (DILL, 2013, p. 53).

Pensando na questão urbana, o relatório *Perspectivas Globais de Urbanização*, elaborado pela Divisão de População do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas (DESA), destaca que, de 1990 até 2014, as megacidades, aquelas com população superior a 10 milhões de habitantes, saltaram do número de 10 para 28.⁹ Para Carvalho, é inegável que os desastres que ocorrem em áreas densamente povoadas têm suas consequências ampliadas, tanto em aspectos estruturais quanto em termos de pessoas afetadas e serviços ecossistêmicos danificados (CARVALHO, 2012, p. 113). Esse cenário se explica em razão dos riscos de desastres serem altamente concentrados geograficamente. Em outras palavras, pode-se dizer que a característica destes desastres é marcada pela ocorrência de eventos que, apesar de pontuais, apresentam uma crescente magnitude em razão de sua ocorrência em áreas com grandes concentrações populacionais e bens econômicos vulneráveis.

constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31).

⁸ Délton Winter de Carvalho explica que “[...] há, nitidamente, na história, uma passagem de um momento em que os desastres eram compreendidos apenas como eventos divinos, incontroláveis e exteriores, para um momento em que estes servem como parâmetro que justifica à antecipação racional, seja a partir das informações científicas disponíveis ou mesmo dos aprendizados obtidos com o passado” (CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 17, v. 67, p. 108, 2012).

⁹ ONU. *Cidades terão mais de 6 bilhões de habitantes em 2050, destaca novo relatório da ONU*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/cidadesterao-mais-de-6-bilhoes-de-habitantes-em-2050-destaca-novo-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

Além disso, as decisões de ocupação do solo também consistem em fatores de incremento dos riscos e custos decorrentes dos desastres. A ocupação de áreas de risco¹⁰ é um fator determinante para a ocorrência ou o agravamento de um evento à condição de desastre. É a partir da ocupação de áreas especialmente vulneráveis que se tem uma intensificação das probabilidades e magnitudes de riscos de inundações, deslizamentos, terremotos, incêndios, entre outros. Este fator de agravamento de riscos catastróficos é especialmente relevante no caso brasileiro, uma vez os desastres apresentam relação direta com a ocupação irregular de áreas ambientalmente protegidas (vegetação em encostas de morros; nas margens de rios, lagos e lagoas artificiais, etc.).¹¹

Terceiro, ressalta-se a questão da infraestrutura verde e construída. De acordo com Carvalho, “a importância da infraestrutura verde ou natural,¹² como elemento de proteção a desastres, se dá em razão dos serviços prestados pelos recursos naturais, justificando uma atenta manutenção e monitoramento destes bens” (CARVALHO, 2012, p. 115). Estes bens podem ajudar a lidar com os desastres de duas formas: em primeiro lugar, atuam como um bloqueio natural aos impactos de um desastre, diminuindo ou desviando as forças da natureza da direção das comunidades humanas; em segundo lugar, no cenário pós-impacto, servem para prover bens e serviços de fundamental importância para a recuperação econômica e física do local atingido.

Sob esta perspectiva, a observação do meio ambiente como infraestrutura verde demonstra não apenas sua condição de bem ambiental, aqueles que, segundo Lemos, “são aqueles que têm relevância para a sadia qualidade de vida e devem ser preservados para as presentes e futuras gerações” (LEMOS, 2008, p. 102), mas também de serviços ecossistêmicos,¹³ o que encoraja a uma maior valorização no monitoramento, manutenção e recuperação destas áreas. Assim

¹⁰ “Áreas de risco são regiões onde é recomendada a não construção de casas ou instalações, pois são muito expostas a desastres naturais, como desabamentos e inundações. Essas regiões vêm crescendo constantemente nos últimos 10 anos, principalmente devido à própria ação humana” (UNICAMP. *Mapeamento de áreas de risco*. Disponível em: < <http://www.unicamp.br/fea/ortega/temas530/ricardo.htm>>. Acesso em 28 ago. 2016).

¹¹ Na mesma linha de discussão, vide: FERREIRA, Ximena Cardozo. Políticas públicas e áreas de preservação permanente: instrumentos de implementação. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 62, p. 69-92, nov. 2008 / abr. 2009.

¹² O sentido atribuído à infraestrutura verde é constituído em distinção àquilo que tradicionalmente se chama de infraestrutura (cinza ou construída), tendo como exemplo as barragens, as estradas e outras obras de engenharia civil. A infraestrutura natural tem como espécies as áreas alagadas, as florestas, as restingas, entre outros ecossistemas capazes de atuar como proteção a desastres naturais.

¹³ Para uma melhor compreensão da importância dos serviços ecossistêmicos, vide: CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para prevenção dos desastres. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015.

como a infraestrutura natural, a construída também apresenta uma relevância essencial de serviço e função de proteção a desastres. Nesta espécie, que adota uma perspectiva mais tradicional, destaca-se a importância da qualidade da concepção, da construção e, sobretudo, da manutenção destas obras de engenharia civil.

A potencialização de efeitos adversos ocorre quando estes bens, tanto os ambientais, quanto os construídos pelo fazer humano, não estão protegidos e preservados, para os casos dos serviços ecossistêmicos, ou quando não estão adequados à realidade dos locais em que foram edificados, para os casos da infraestrutura cinza. A título exemplificado, pode-se citar o caso de um conjunto habitacional que, após desmatamento da região do entorno, destruiu as nascentes, ficando sem água (falta de infraestrutura verde¹⁴); ou, então, a construção de prédios, em regiões sujeitas a terremotos, sem a devida tecnologia para suportar os tremores (falta de infraestrutura construída adequada).

Quarto, as mudanças climáticas – fenômeno que vem ocupando posição de destaque nas discussões internacionais e nas agendas de governos, de empresas e da sociedade civil – intensificam a probabilidade de desastres. As evidências científicas fizeram com que a política global, no início da década de 1990, se mobilizasse para enfrentar o desafio do clima e seus impactos (BRACCINI, 2010, p. 108-137). Para Carvalho e Damacena,

A mudança climática é um problema inerentemente intergeracional com implicações extremamente sérias para a equidade entre nós e as gerações futuras e entre as comunidades no presente e no futuro (WEISS, 2008, p. 616). Trata-se de um fenômeno verdadeiramente global e não linear. Isso explica por que é tão difícil prevê-lo, especialmente por muito tempo (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p. 87).

Dentro desse contexto, a relação entre os desastres e as mudanças climáticas é clara e não pode ser ignorada. Em 1988, foi criado o Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC), órgão das Nações Unidas, cujo primeiro relatório, datado de 1990, admite a alteração climática e incita a assinatura de um tratado para lidar com o assunto (IPCC, 1990). Em razão dessas previsões, foi assinada, em 1992, durante a Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92), a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mu-

¹⁴ Para compreender a relação entre áreas verdes urbanas e justiça ambiental, vide: MORO, Carolina Corrêa; MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; PROVASI, Gisela; BURJATO, Juliana de Faria; NAKANO, Juliana Mary Yamanaka; REBELLO, Leonardo Fernandes; SIQUEIRA, Mariana Hanssen Bellei Nunes de; DUQUE, Vinicius. Áreas verdes urbanas e o ideário de justiça ambiental nas políticas públicas municipais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 19., 2014, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2014, v. 2, p. 73-84.

dança do Clima, com o objetivo de estabilizar a concentração de gases de efeito estufa na atmosfera num nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático.

Em 2007, por sua vez, especialistas do IPCC divulgaram paradigmático relatório sobre as mudanças climáticas, atribuindo às atividades humanas o aquecimento global. Em termos gerais, “o relatório traz previsões alarmantes, como, por exemplo, aumento da temperatura média global entre 1,8º C e 4º C até 2100, derretimento das geleiras e calotas polares, elevação do nível dos oceanos acompanhada de tempestades tropicais e de furacões” (FURLAN, 2010, p. 88). Os estudos demonstram que “a alteração da frequência e intensidade dos estados atmosféricos extremos, juntamente com o aumento do nível do mar, teriam efeitos majoritariamente adversos sobre os sistemas humanos” (LAVRATTI, 2010, p. 06). O mais recente relatório do IPCC, datado de 2014, confirma o estado da arte na temática e sugere que sejam adotadas medidas urgentes para que a situação climática não se agrave ainda mais (GREENPEACE, 2014). Em 2015, foi assinado o Acordo de Paris, o novo marco da questão climática.¹⁵

De acordo com Carvalho, “as mudanças climáticas podem ser tratadas como um fator global e transversal a todos os demais fatores na amplificação dos riscos e dos custos envolvendo a ocorrência de desastres naturais e mistos”. Uma das causas do atual cenário de complexidade advém do fato de que

[...] a potencialização da complexidade dos problemas postos pelas mudanças climáticas combinam questões tradicionais de controle de poluição com temas que dizem respeito a compensação, seguros e resiliência, numa dimensão de grande especificidade inerente a ocorrência de desastres (CARVALHO, 2012, p. 113).

Para o autor, esse quadro refletirá na aproximação cada vez maior entre a tutela preventiva dos desastres com os mecanismos jurídicos do direito ambiental.¹⁶ Fernandes, por sua vez, afirma que

[...] os efeitos diretos do aquecimento global repercutirão principalmente sobre atividades climato sensíveis, como a agricultura, piscicultura e o extrativismo, mas também terão efeitos indiretos sobre a saúde huma-

¹⁵ Para uma análise do processo de aprovação do Acordo de Paris, vide: DIMITROV, Radoslav S. The Paris Agreement on climate change: behind closed doors. *Global Environmental Politics*, Cambridge, v. 16, n. 3, p. 1-11, ago. 2016.

¹⁶ Igualmente, afirma que “as mudanças climáticas irão, indubitavelmente, intensificar a conexão entre as questões envolvendo desastres e o meio ambiente, numa intensificação das relações entre a regulação dos desastres e o Direito Ambiental” (CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 17, v. 67, p. 114, 2012).

na, segurança alimentar, cidades, habitação e indústrias (FERNANDES, 2014, p. 41).

Assim, estudar a questão da mudança do clima e formatar normas de prevenção e de adaptação é essencial em decorrência das consequências desse cenário extremo, porque “o aquecimento global e as mudanças climáticas podem conduzir à escassez de recursos naturais em certas regiões, prejudicando o sustento das pessoas” (FERNANDES, 2014, p. 41). Em suma, portanto, e com base nos dados do cenário científico atual, as mudanças climáticas propiciam o aumento de eventos climáticos e meteorológicos extremos, principais causas de desastres em todo o globo.

3 FATORES TRANSVERSAIS AOS DESASTRES: VULNERABILIDADE E RESILIÊNCIA

Com a intenção de diminuir o número cada vez maior de desastres, a academia e as políticas globais têm trazido à tona a necessidade de se modificar a gestão dos riscos, voltando-se para o desenvolvimento de ferramentas capazes de antecipá-los (DAMACENA, 2012, p. 49). Com isso em mente, tem-se que, em decorrência da complexidade em sua formação, um desastre pode ser considerado mais ou menos grave em razão de dois fatores transversais: grau de vulnerabilidade da comunidade impactada e grau de resiliência frente ao efeito adverso (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 55-56). Entender os conceitos de vulnerabilidade e resiliência, a fim de diferenciá-los, é importante para configurar e quantificar riscos e possíveis danos socioambientais inerentes ao quadro de um desastre.

De acordo com a *International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies* (IFRC), os desastres resultam de um perigo combinado com vulnerabilidade e a incapacidade para reduzir suas consequências negativas potenciais. Tendo em vista essa ideia, a conceituação de vulnerabilidade é essencial, pois ela é justamente a face explicativa da multicausalidade que gerará reflexos superpostos nos contextos de crise ambiental e nos efeitos socioambientais decorrentes dos desastres (IFCR, 2016). O termo *vulnerabilidade*, segundo Dill, foi elaborado dentro dos estudos da engenharia da estrutura com o fim de mostrar como as características construtivas poderiam fazer as edificações mais propensas a sofrerem danos (DILL, 2013, p. 57). Recentemente, esse conceito tomou caráter multidisciplinar ao contemplar não apenas aspectos estruturais, mas também sociais e humanos. Conforme a contribuição de Damacena, “por vulnerabilidade entende-se um rótulo, uma característica dos indivíduos, dos grupos e dos contextos em que vivem o que influencia sua capacidade de antecipar, lidar e resistir

a um determinado desastre” (DAMACENA, 2012, p. 50). Em um cenário global, utilizando as palavras de Fernandes, a questão da vulnerabilidade

[...] parte da premissa de que os países e as pessoas não estão em posição semelhante no que se refere às condições ambientais disponíveis, bem como quanto à capacidade de enfrentamento dos efeitos da degradação ambiental, desastres naturais e impactos das mudanças climáticas (FERNANDES, 2014, p. 25).

Carvalho e Damacena apontam que uma das definições mais conhecidas de vulnerabilidade é a elaborada pela *International Strategy for Disaster Reduction* (UN-ISDR), em que “vulnerabilidade são as condições estabelecidas por fatores ou processos físicos, sociais, econômicos e ambientais, que aumentam a suscetibilidade de uma comunidade ao impacto dos riscos e perigos”; e, além disso, indicam que as tentativas teóricas de sistematização de modelos acerca da vulnerabilidade normalmente passam por uma abordagem atrelada à ideia de risco (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 56-57).

Sobre o risco, Jacob, citando Lenzi, explica que “o risco é inerente à vida e constitui-se uma construção social” e que, segundo Magnelli, Veyret e Richmond, “é um perigoso possível relacionado à probabilidade de ocorrência de efeitos adversos por meio da exposição e vulnerabilidade dos atores” (JACOB, 2013, p. 37). Fragoso, por sua vez, recorre a Cutter para dispor que “os riscos a desastres são socialmente construídos e resultam da combinação de ameaças associadas às condições de como uma população pode lhe enfrentar”. E, por essa razão, “sua ocorrência resulta da probabilidade que um fenômeno ameaçador (natural ou antrópico) atua sobre um sistema socioeconômico com certo nível de vulnerabilidade, resultando num desastre” (FRAGOSO, 2013, p. 47-48).

Ainda que variada a conceituação,¹⁷ pode-se afirmar que existe certo consenso no sentido de que a vulnerabilidade é determinada não apenas pela falta de riqueza em termos econômicos, porém por um conjunto complexo de fatores físicos, econômicos, políticos e sociais ou, ainda, pela predisposição de uma comunidade a danos causados por um fenômeno desestabilizador envolvendo um perigo (DAMACENA, 2012, p. 51). Além disso, apesar da inexistência de uma única definição do termo, há concordância, como aponta a literatura, no sentido de que no contexto de risco atual da sociedade, a medição do elemento vulnera-

¹⁷ A Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei Federal nº 12.187/2009) traz a seguinte conceituação para vulnerabilidade (art. 2º, X): “grau de suscetibilidade e incapacidade de um sistema, em função de sua sensibilidade, capacidade de adaptação, e do caráter, magnitude e taxa de mudança e variação do clima a que está exposto, de lidar com os efeitos adversos da mudança do clima, entre os quais a variabilidade climática e os eventos extremos”.

bilidade é uma importante ferramenta de subsídio às ciências na passagem de transição para a diminuição eficaz do risco e promoção de uma cultura e política de resistência aos desastres (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 57-58). Se, ainda, pensarmos na relação entre vulnerabilidade socioambiental e direitos humanos, como fazem com primor Fernanda Cavedon e Ricardo Vieira, temos:

Os desastres ecológicos, aliados à vulnerabilidade ambiental, podem engendrar distintas violações de direitos humanos, em especial o direito à vida – mas não unicamente. Direitos humanos econômicos, sociais, civis e políticos também podem ser comprometidos ante os efeitos dos desastres ecológicos. Neste sentido, se estabelecem as relações entre direitos humanos, meio ambiente e pobreza, a partir da dimensão da justiça ambiental, para então abordar a questão específica da sua proteção em situações de desastres ecológicos (CAVEDON; VIEIRA, 2011, p. 187).

O conceito de *resiliência*, por sua vez, está intimamente ligado à vulnerabilidade, sendo um importante instrumento de gestão em termos de desastres. Damacena chama atenção para o fato de que, em relação às palavras,

[...] a linha que os une ou divide é tão tênue que muitos autores as consideram sinônimos. Uns consideram a falta de resiliência um dos fatores de aumento da vulnerabilidade, outros, ainda, apenas de não negarem a conexão dos termos, elencam algumas diferenças entre eles (DAMACENA, 2012, p. 55).

Fernandes resgata a origem conceitual do termo e explana que “resiliência é um termo retirado da física, que consiste na capacidade dos materiais de resistirem a choques e de voltarem ao seu estado anterior depois de terem sofrido pressão ou de não deformarem após a pressão”. Segunda a autora, a ideia foi transferida para o campo da biologia com o significado de capacidade de recuperação dos ecossistemas. Reporta que “no âmbito da ecologia, o termo resiliência é bastante utilizado e constitui componente central na adaptação de indivíduos e grupos sociais, inclusive do direito, de resistir a choques e a tensões ambientais” (FERNANDES, 2014, p. 149).

O curso de *Capacitação Básica em Proteção e Defesa Civil*, desenvolvido pela Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (SEDEC) em parceria com o Centro Universitário de Estudos e Pesquisas sobre Desastres (CEPED/UFSC), recorre à *International Strategy for Disaster Reduction* (UN-ISDR) para explicar que a expressão resiliência é entendida como “a capacidade de um sistema, comunidade ou sociedade, potencialmente exposta a ameaças, para adaptar-se, resistindo ou modificando, com o fim de alcançar ou manter um nível aceitável em seu funcio-

namento e estrutura”. O documento ainda aponta que a resiliência vem determinada “pelo grau em que o sistema social é capaz de organizar-se para incrementar sua capacidade de aprender com os desastres passados, a fim de proteger-se melhor no futuro e melhorar suas medidas de redução de riscos” (FURTADO *et al*, 2014, p. 48).

Pode-se dizer, utilizando outras palavras, que a resiliência é a capacidade de indivíduos, comunidades, instituições, empresas e sistemas se adaptarem e crescerem para sobreviver, não importando que tipo de estresses e choques venham a experimentar. A resiliência permite que as pessoas e os sistemas se recuperem mais fortes, depois de tempos difíceis, e vivam melhor nos tempos bons.

De acordo com Dill, “entende-se que resiliência é diferente de vulnerabilidade, pois aquela assume um papel importante após o fato (desastre) e está relacionada à reconstrução das comunidades destruídas”, sendo que “resiliência é a capacidade de voltar ao *status quo ante*, e isso requer extraordinários recursos humanos e materiais” (DILL, 2013, p 73). Para exemplificar, pode-se citar o exemplo do Japão, país que é naturalmente vulnerável a terremotos, mas que é bastante resiliente porque possui instrumentos estruturais e não estruturais competentes para a gestão dos riscos inerentes a tal situação.

Um dos principais desafios contemporâneos é o decréscimo da vulnerabilidade e o crescimento da resiliência. A Organização das Nações Unidas, atenta a essa realidade,¹⁸ por exemplo, lançou em 2013 o relatório *Povos resilientes, planeta resiliente – Um futuro digno de escolha*, atestando que é preciso diminuir a vulnerabilidade por meio da garantia de princípios fundamentais, como a promoção dos direitos humanos e do avanço na igualdade de gênero, e que é necessário aumentar a resiliência por meio de redes sólidas de segurança, redução de risco de desastres e planos de adaptação (ONU, 2012).

4 ACEPÇÃO JURÍDICA PARA OS DESASTRES

Os desastres são eventos repentinos e dinâmicos, contemporaneamente potencializados por diversos fatores, afetando de forma mais intensa populações e

¹⁸No âmbito internacional, três importantes conferências trataram da questão dos desastres nos últimos anos: “Esse movimento contou com grande adesão internacional e culminou na realização de três Conferências Internacionais para a Gestão dos Desastres Naturais, ocorridas em Yokohama no ano de 1995, Hyogo em 2005 e Sendai em 2015, as quais resultaram em documentos internacionais contendo estratégias para a prevenção dos fenômenos naturais intensos e para a mitigação dos danos daqueles eventos que se concretizarem. Em 1995 foi firmada a ‘Estratégia de Yokohama’, em 2005 o ‘Marco de Ação de Hyogo’ e em 2015 o ‘Marco de Ação de Sendai’” (ALVES, Henrique Rosmaninho. A proteção das gerações futuras diante dos desastres naturais nas constituições contemporâneas. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, a. 25, n. 46, p. 179, jul./dez. 2016).

sistemas vulneráveis. O quadro que se apresenta dificulta não apenas a nitidez da importância e da função do direito no tratamento desses eventos, como também acaba por dificultar a própria operacionalidade deste no enfrentamento dessas situações extremas. Desastres geram instabilidade em diversos campos da atividade humana (socioambiental, econômica, institucional). Em outras palavras, “os desastres surgem como estímulos que causam um processo de auto-irritabilidade no Direito, na Política, na Economia e em outros sistemas sociais” (DAMACENA, 2012, p. 127).

Emoldurar um quadro jurídico se faz necessário porque o direito tem a função de fornecer estabilidade por meio da normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido pelo desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e resposta por meio de instrumentos reguladores. Carvalho defende que “a ênfase desta estrutura normativa deve ser eminentemente preventiva, mediante a imposição de estratégias estruturais (obras de engenharia civil combinados com serviços ecossistêmicos) e não estruturais (mapas de risco e planos de contingência, por exemplo)” (CARVALHO, 2013, p. 18). Damacena contribui para o debate afirmando a necessidade de um repensar jurídico para a questão.

As novas questões ecológicas (desastres) entram cada vez mais em rota de colisão com o antropocentrismo, o individualismo e as estruturas tradicionais normativas do Direito, arraigadas a noção da certeza e do passado. Em viés totalmente oposto a essas noções, os desastres, fenômenos multicomplexos, requerem uma resposta do Direito que permita a assimilação dos riscos, que privilegie o antropocentrismo alargado e uma “epistemologia da complexidade”. Não há como responder adequadamente a casos complexos de maneira simples, com decisões orientadas por opções com base no passado. Os desastres exigem, por assim dizer, maior abstração e complexidade do Direito. Apenas de muitas vezes aparentarem baixa probabilidade, alguns podem redundar em grandes magnitudes, pelo que não há como esperar sua ocorrência (DAMACENA, 2012, p. 130).

No caso brasileiro, em que historicamente as estruturas político-jurídicas se caracterizam pela deficiente preocupação com a temática, é fundamental o desafio da atualização para que, então reajustados, direito e aparato institucional sejam eficazes na prevenção e na mitigação dos danos socioambientais desse novo panorama de excessiva interferência humana nos recursos naturais e de altos riscos de desastres.¹⁹ Pensando na formatação de um ramo jurídico para a

¹⁹ Da mesma forma, vide: “A inexistência de uma estrutura jurídica específica para o tratamento

temática, Carvalho e Damacena afirmam que “o Direito dos Desastres é um ramo multidisciplinar que se relaciona com diversas áreas de aplicação do Direito, tais como: propriedade, ordenamento do solo, [...] direito do ambiente, direito administrativo” (CARVALHO, 2013, p. 119). Os mesmos autores recorrem à doutrina jurídica norte-americana para expor que esse ramo do direito “consiste num complexo e multifacetado ramo do Direito que, ante uma premente necessidade de sistematização, apresenta uma abordagem ponderada para gerenciar o caos dos desastres” (CARVALHO, 2013, p. 67). Para Carvalho:

Ao longo do ciclo dos desastres, diversos ramos do direito são chamados para atuar, a fim de prevenir ou minimizar os danos catastróficos. Apesar da fragmentação das doutrinas e institutos jurídicos que recaem, muitas vezes, sobre a regulação dos desastres, este ramo apresenta evidente autonomia. Primeiramente, esta autonomia se reflete na existência de um sistema específico formado de diversos estatutos legais distintos, tais como os já referidos Dec. 7.257/2010, Leis 12.340/2010 e 12.608/2012.

Outro aspecto da autonomia do Direito dos Desastres consiste no fato de que as regras legais interagem em uma forma única, sempre em integração entre as fases do desastre. Assim, a disponibilidade de seguros e formas de assistência governamental podem afetar medidas de mitigação pré-desastre. Não é possível, em termos de tratamento jurídico dos desastres, tratar isoladamente planejamento da ocupação do solo, resposta a desastres, mitigação e compensação a estes. Assim, outros ramos não conseguem integrar estas estratégias adequadamente para a função de tratamento dos desastres, sendo necessária a especificidade funcional do Direito dos Desastres (CARVALHO, 2013, p. 20-21).

De acordo com Carvalho, a unidade singular deste ramo se dá na gestão de risco que, contínua e unificada, permeia a todas as fases de um desastre (ciclo do desastre) e de seu tratamento (circularidade da gestão do risco) (CARVALHO, 2013, p. 22-23). A formatação jurídica dos desastres “engloba um amplo corpo de pesquisa e procura informar as tomadas de decisões relacionadas a prováveis ocorrências de desastres”. Ela é caracterizada por três elementos: pela unificação com o conceito de gestão de risco; pela multidisciplinariedade; e pela íntima ligação com a lei reguladora (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 32-34).

dos desastres ambientais (naturais e antropogênicos) bem como a intensificação de tais eventos no país, nos últimos anos, lança a necessidade da constituição de uma análise [...] destes eventos e sua relação com o direito ambiental. Da mesma forma, o déficit de estruturação deste tema nos diversos sistemas sociais (política, direito, economia, técnica) torna determinadas regiões do planeta ainda mais vulneráveis em relação a tais eventos.” (CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24).

Primeiro, os desafios da administração de riscos e de desastres exigem a constituição de um caminho que incorpore a gestão de riscos, tendo em vista a promoção do desenvolvimento sustentável. A unificação com o conceito de gestão de risco seria a mais importante característica do direito dos desastres. Carvalho e Damacena recorreram à lição norte-americana para expor que isso “significa dizer que cada fase do ciclo de desastre – mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução – é parte deste portfólio de gerenciamento de risco” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 33).

Conforme o curso de *Capacitação em Defesa Civil* (FURTADO *et al*, 2014, p. 51-52), a questão da gestão de riscos surge metodologicamente após 1998, inspirada na realidade posta em evidência pelo desastre associado ao furacão Mitch e seus desdobramentos.²⁰ Foi a partir desse momento histórico que se começou a desenvolver um novo modelo que evoluiu da gestão de desastres (com ênfase na resposta) para a gestão de riscos de desastres, que envolve intenções muito bem fundamentadas de redução de risco e de desastres no contexto do planejamento do desenvolvimento. Dessa evolução, Amaral expõe que

[...] para o enfrentamento dos desastres, desenvolveu-se um ciclo de gestão do risco de desastres constituído por um conjunto de estratégias desenvolvidas em progressão, passando de planejamento de mitigação, a resposta de emergência, compensação à vítima e, finalmente, para a recuperação e reconstrução, e são desenvolvidas em progressão porque idealmente alimentam o planejamento de mitigação no sentido de que a reconstrução deve observar a prevenção de danos futuros (AMARAL, 2013, p. 43).

Dentro desse ciclo, deve-se compreender que “os esforços de mitigação tentam diminuir o impacto potencial de eventos de desastres antes do fato, enquanto resposta tenta fazê-lo depois”. A compensação e a assistência governamental, por meio de seguros e de quadros jurídicos (como a responsabilidade civil), “proporcionam meios de difusão e transferência de riscos”. Por fim, a reconstrução “deve preocupar-se com o retorno ao *status* anterior, mas também com a possibilidade de um próximo desastre, o que envolve esforços de mitigação e de aplicação das lições de aprendizado” (CARVALHO, DAMACENA, 2013, p. 33).

Vê-se um antes e um depois cíclico:

[...] a gestão corretiva do risco de desastre é qualquer atividade de gestão que aborda e busca corrigir ou reduzir o risco de desastre que já

²⁰ O furacão Mitch afetou grandes áreas em Honduras, Nicarágua, El Salvador, Guatemala e Sul da Flórida, EUA, em outubro-novembro de 1988, causando mais de 6 bilhões de dólares de prejuízos e cerca de 18 mil mortes humanas.

existe – por exemplo, reforçar a estrutura construtiva de um hospital que se encontra em uma área de risco de terremoto ou reposicionar uma escola que possui parte de sua construção dentro de uma área com risco de inundação; enquanto que a gestão prospectiva do risco de desastre é qualquer atividade de gestão que aborda ou busca evitar o aumento ou o desenvolvimento de novos riscos de desastres – por exemplo, localizar uma área segura para construir uma nova escola ou hospital evitando riscos futuros (UFSC, 2012, p. 30).

O que há em comum em todas estas etapas é exatamente a necessária gestão de riscos, em cada uma destas fases, em suas especificidades funcionais. Por essa razão, o direito dos desastres é unificado pela gestão do risco. Em outras palavras, o elo de ligação entre os elementos desta estrutura é fornecido por uma necessária gestão dos riscos em todos estes momentos, de forma circular.

Segundo, tem-se o elemento característico da multidisciplinariedade, que pode ser compreendida como o exame, avaliação e definição de um único objeto por meio de diversos olhares de diferentes disciplinas. Uma vez que os riscos e os desastres compreendem acontecimentos complexos, “a compreensão dos eventos determinantes para o seu desencadeamento requer o trabalho conjunto e complementar de equipes de pesquisa de áreas diferentes” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 32). No contexto do direito, o que se busca é trabalhar na gramática da precaução e da prevenção aliando tanto os saberes de variadas disciplinas e informações científicas (engenharia, ecologia, geologia, etc.) quanto estratégias e quadros jurídicos para a não repetição de antigas falhas e para a criação de pontes para a antecipação em relação aos riscos vindouros. A legislação brasileira leva em conta essa necessidade de intersecção de saberes quando, por exemplo, exige cartas geotécnicas (afetas à engenharia) para identificação e mapeamento de áreas de risco (exigência legal).²¹

Por fim, a terceira característica do direito dos desastres é que este ramo está profundamente conectado à lei reguladora. Carvalho e Damacena expõem que a ligação fundamental se dá com regulações envolvendo o planejamento do uso do solo e o controle de riscos socioambientais (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 34). Para Christiana de Freitas, por sua vez, “o Direito de Desastres possui maior inter-relação é com o Direito Ambiental, especialmente em relação aos princípios, à legislação específica temática e à responsabilidade estatal²²

²¹ Conforme art. 42 A, § 1º, da Lei Federal nº 12.608/2012.

²² Para trabalhos discorrendo sobre a responsabilidade civil do Estado no caso de desastres, vide: SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; PESSOA, Conrado Falcon. Os danos catastróficos e a responsabilidade civil do Estado. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. 9, n. 36, p. 255-270, 2017; ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. As nuances da responsabilidade civil do Estado em

por danos ambientais” (FREITAS, 2014, p. 208). Em situações de desastres de alta complexidade, por exemplo, vislumbra-se “uma estreita relação entre um acontecimento súbito e catastrófico com um problema ambiental de longo prazo caracterizado pela falha regulatória” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 34). Nesse contexto, uma legislação eficaz diminui a gravidade dos desastres quanto às consequências materiais no tecido social.²³ Isso porque, não sendo atos de força maior, os desastres envolvem também outra espécie de participação humana: o fracasso do sistema legal para enfrentar eficazmente os riscos.

CONCLUSÃO

Pretendeu-se apresentar um quadro exploratório sobre a formatação de um direito aplicável aos desastres socioambientais. De fato, definir a ocorrência de um desastre passa por abarcar conceitos multidisciplinares. Historicamente, passou-se de uma visão divina para se buscar uma racionalidade por detrás da ocorrência de calamidades e situações extremas adversas. Hoje em dia, a questão dos desastres está intimamente ligada à gestão circular dos riscos e à percepção de vulnerabilidades socioambientais.

A realidade contemporânea potencializa os riscos e os custos socioambientais dos desastres. A estrutura econômica, na face do *just-in-time* e na interdependência estrutural dos sistemas de produção, e a conceituação sociológica da sociedade de risco representam um dos fatores de ampliação de perigos. Além deles, o crescimento populacional desenfreado, a ocupação desordenada do solo e a falta de infraestrutura verde protegida e de cinza construída de forma correta também corroboram para esse cenário. Por fim, e não menos importante, o evidente quadro de crise climático-ambiental é fator que implica em mais efeitos naturais adversos e, portanto, mais riscos.

A vulnerabilidade e a resiliência se apresentam como fatores transversais aos desastres. Quanto mais vulnerável um ambiente é, mais suscetível a perdas socioambientais e econômicas ele estará; quanto mais resiliente, melhor capaz de receber os impactos, de se adaptar e de voltar a funcionar de forma satisfatória. Essa quebra de instabilidade, aliás, é um dos motivos que dá ao direito o sentido de atuar nesses eventos. Isso porque é por meio de um quadro institucional

matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais, *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 81-113, jan./jun. 2016.

²³ Em relação às leis reguladoras, para uma análise da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil, vide: QUEIROZ, José Hélcio Costalima de; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Política Nacional de Proteção e Defesa Civil: as garantias fundamentais diante das incertezas ambientais. *RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, a. 1, n. 5, p. 711-736, 2015.

e jurídico bem formatado que poderá se antecipar, prever e lidar melhor com os riscos e as calamidades públicas.

Assim sendo, o desenvolvimento de um direito aplicável aos desastres se apresenta como desafio ao jurista (não só ao ambiental) da atualidade. Vê-se que esse ramo do direito é multidisciplinar, ao dialogar com a engenharia, à ecologia e à sociologia, e que não poderia existir sem o conceito de gestão de risco. Tal conceito é circular e se retroalimenta nas etapas de mitigação, resposta de emergência, compensação, assistência do governo e reconstrução. Também dentro desse contexto, o direito dos desastres está estritamente conectado com a lei reguladora, uma vez que, por exemplo, ausente um direito ambiental eficiente, haverá maior vulnerabilidade para a ocorrência de desastres.

REFERÊNCIAS

ALVES, Henrique Rosmaninho. A proteção das gerações futuras diante dos desastres naturais nas constituições contemporâneas. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, a. 25, n. 46, p. 164-206, jul./dez. 2016.

ALVES, Henrique Rosmaninho; REZENDE, Elcio Nacur. As nuances da responsabilidade civil do Estado em matéria ambiental frente aos danos decorrentes de impactos provocados por fenômenos naturais, *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 81-113, jan./jun. 2016.

AMARAL, Marcia do. *O papel do direito urbanístico na sociedade potencializadora de desastres*. 164 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013.

BOTTECHIA, Juliana Alves de Araújo; GOBIRA, Marcia Barbosa; SOUSA, Ana Lucia Martins. Lições de Mariana e a contaminação do Rio Doce. *Revista de Direito da Administração Pública*, Rio de Janeiro, a. 3, v. 1, p. 169-187, fev. 2017.

BRACCINI, Bruna Zaccaro. O Poder Público e as mudanças climáticas: breve avaliação sobre a estrutura e os instrumentos adotados. In: LAVRATTI, Paula Cerski; PRESTES, Vanêscia Buzelato. (Org.). *Direito e mudanças climáticas: estudos acadêmicos*. Vol. 5. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2010. p. 108-137.

CARVALHO, Délton Winter de. Os serviços ecossistêmicos como medidas estruturais para prevenção dos desastres. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 52, n. 206, p. 53-65, abr./jun. 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, ano 17, v. 67, p. 107-145, 2012.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. A intensificação dos desastres naturais, as mudanças climáticas e o papel do direito ambiental. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 193, p. 83-97, jan./mar. 2012.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanziola. Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos: novas perspectivas. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 179-206, jan./jun. 2011.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *A formação sistêmica de um direito dos desastres*. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

DILL, Silvana Oliveira. *Populações vulneráveis e a suscetibilidade aos efeitos dos desastres ambientais: uma abordagem jurídica*. 2013. 152 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.

DIMITROV, Radoslav S. The Paris Agreement on climate change: behind closed doors. *Global Environmental Politics*, Cambridge, v. 16, n. 3, p. 1-11, ago. 2016.

DOURADO, Francisco; ARRAES, Thiago Coutinho; SILVA, Mariana Fernandes e. O megadesastre da região serrana do Rio de Janeiro: as causas do evento, os mecanismos dos movimentos de massa e a distribuição espacial dos investimentos de reconstrução no pós-desastres. *Anuário do Instituto de Geociência – UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p. 43-54, 2012).

FARBER, Daniel; CHEN, James Ming; VERCHICK, Robert R. M.; SUN, Lisa Grow. *Disaster law and policy*. 2. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2009.

FERNANDES, Elizabeth Alves. *Meio ambiente e direitos humanos: o deslocamento de pessoas por causas ambientais agravadas pelas mudanças climáticas*. Curitiba: Juruá, 2014.

FERREIRA, Ximena Cardozo. Políticas públicas e áreas de preservação permanente: instrumentos de implementação. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 62, p. 69-92, nov. 2008 / abr. 2009.

FRAGOSO, Maria de Lourdes de Carvalho. *Desastre, risco e vulnerabilidade socioambiental no território da Mata Sul de Pernambuco/Brasil*. 2013. 133 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento e Meio Ambiente) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

FREIRE, Neison Cabral Ferreira Freire; BONFIM, Cristine Vieira do; NATENZON, Claudia Eleonor. Vulnerabilidade socioambiental, inundações e repercussões na Saúde em regiões periféricas: o caso de Alagoas, Brasil. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 9, p. 3755-3762, set. 2014.

FREITAS, Christiana Galvão Ferreira de. *Perspectivas e desafios à gestão de riscos e desastres: uma análise sobre a configuração do direito de desastres no mundo e no Brasil*. 2014. 285 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

FURLAN, Melissa. *Mudanças climáticas e valoração econômica da preservação ambiental: o pagamento por serviços ambientais e princípio do protetor-recebedor*. Curitiba: Juruá, 2010.

FURTADO, Janaína; OLIVEIRA, Marcos de; DANTAS, Maria Cristina; SOUZA, Pedro Paulo; PANCERI, Regina. *Capacitação básica em defesa civil*. 5. ed. Florianópolis: CEPED UFSC, 2014.

GREENPEACE. *Relatório final do IPCC não deixa dúvidas: precisamos agir*. 02 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/Relatorio-final-do-IPCC-nao-deixa-duvidas-precisamos-agir-agora/>>. Acesso em: 08 out. 2016.

IFCR. *What is a disaster?* Disponível em: <<https://www.ifrc.org/en/what-we-do/disaster-management/about-disasters/what-is-a-disaster/>>. Acesso em: 16 dez. 2016.

INTERNATIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION – UN-ISDR. *Terminology on disaster risk reduction*. [S.1], 2009. Disponível em: <<http://www.unisdr.org/we/inform/terminology>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

IPCC. *Climate change - The IPCC Scientific Assessment*. 1990. Disponível em: <https://www.ipcc.ch/ipccreports/far/wg_I/ipcc_far_wg_I_full_report.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

JACOB, Amanda Martins. *Vulnerabilidade socioambiental no município de São Paulo: análise das capacidades e liberdades humanas*. 2013. 183 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Ambiental) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

LASH, Scott; SZERSZYNSKI, Bronislaw; WYNNE, Brian. (Coord.). *Risk, environment & modernity: towards a new ecology*. Londres: Sage Publications, 1998.

LAVRATTI, Paula Cerski; PRESTES, Vanêsa Buzelato. *Diagnóstico de legislação: identificação das normas com incidência em mitigação e adaptação às mudanças climáticas – Desastres*. São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2010.

LEMONS, Patrícia Faga Iglecias. *Meio ambiente e responsabilidade do proprietário: análise do nexos causal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES, Luciano Motta Nunes. O rompimento da barragem de Mariana e seus impactos socioambientais. *Sinapse Múltipla*, Belo Horizonte, v. 5, n. 1, p. 1-14, jun. 2016.

MILARÉ, Édis. Amplitude, limites e perspectivas do direito do ambiente. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Sustentabilidade e temas fundamentais de direito ambiental*. Campinas: Millennium, 2009. p. 121-143.

MORATO LEITE, José Rubens; VENÂNCIO, Marina Demaria. O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, v. 75, p. 115-137, jul. 2014.

MORO, Carolina Corrêa; MANTELLI, Gabriel Antonio Silveira; PROVASI, Gisela; BURJATO, Juliana de Faria; NAKANO, Juliana Mary Yamanaka; REBELLO, Leonardo Fernandes; SIQUEIRA, Mariana Hanssen Bellei Nunes de; DUQUE, Vinicius. Áreas verdes urbanas e o ideário de justiça ambiental nas políticas públicas municipais. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 19, 2014, São Paulo. *Anais...* São Paulo: Instituto Planeta Verde, 2014, v. 2. p. 73-84.

ONU. *Cidades terão mais de 6 bilhões de habitantes em 2050, destaca novo relatório da ONU*. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/cidadesterao-mais-de-6-bilhoes-de-habitantes-em-2050-destaca-novo-relatorio-da-onu/>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

ONU. *Povos resilientes, planeta resiliente: um futuro digno de escolha*. Nova Iorque: Nações Unidas, 2012.

QUEIROZ, José Hélcio Costalima de; CORREIA, Mary Lúcia Andrade. Política Nacional de Proteção e Defesa Civil: as garantias fundamentais diante das incertezas ambientais. *RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, a. 1, n. 5, p. 711-736, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHONBERGER, Richard J. *Técnicas industriais japonesas: nove lições ocultas sobre simplicidade*. 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1984.

SILVA, Camila Veras Pessoa da. *Lama, luto e luta: a vivência dos atingidos pelo desastre da Samarco e a organização popular no Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB) como estratégia de enfrentamento*. 2017. 195 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Departamento de Psicologia Social, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e; PESSOA, Conrado Falcon. Os danos catastróficos e a responsabilidade civil do Estado. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, a. 9, n. 36, p. 255-270, 2017.

UFSC. *Considerações sobre o manual de planejamento em defesa civil*. Florianópolis: UFSC, 2012.

UNICAMP. *Mapeamento de áreas de risco*. Disponível em: <<http://www.unicamp.br/fea/ortega/temas530/ricardo.htm>>. Acesso em 28 ago. 2016.

VALENCIO, Norma Felicidade L. da S.; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor; LOPES, Daniela da Cunha. O desastre como desafio para construção de uma hermenêutica diatópica entre o Estado e os afetados. *Cronos*, Natal, v. 8, n. 1, p. 81-100, jan./jun. 2007.

VOS, Femke; RODRIGUEZ, Jose; BELOW, Regina; GUHA-SAPIR, D. *Annual disaster tatistical review 2009: the numbers and trends*. Bruxelas: CRED, 2010.

DEBATES SOBRE O DIREITO E A MORAL À LUZ DOS PARADIGMAS DA MODERNIDADE

DEBATES ABOUT LAW AND MORAL IN THE LIGHT OF THE PARADIGMS OF MODERNITY

Samuel Meira Brasil

Doutor e Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo – USP. Mestre em Inteligência Artificial pela Universidade Federal do Estado do Espírito Santo – UFES. Professor do Programa de Pós-Graduação, Doutorado e Mestrado em Direitos e Garantias Fundamentais, da Faculdade de Direito de Vitória – FDV (Vitória - ES, Brasil). Desembargador do TJ/ES.

Bruno Taufner Zanotti

Doutorando e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Direito Público pela FDV. Professor de Direito Constitucional e Direito Penal. Professor da especialização em Direito Público da Escola Espírito Santense do Ministério Público. Delegado da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo.

Submetido em: 18/01/2018

Aprovado em: 19/01/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5545>

Resumo: A complexa relação entre o Direito e a Moral, bem como o seu desenvolvimento ao longo dos séculos, denota a existência de um conflito de paradigmas, na medida em que muitos magistrados, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda acreditam na construção de uma ciência pura para a interpretação do Direito. É nesse contexto que se insere o problema que este artigo busca responder: Qual a relação entre o Direito e a Moral no Estado Democrático de Direito? A resposta passa, necessariamente, pelos seguintes questionamentos secundários: Como a relação entre o Direito e a Moral se desenvolveu ao longo dos paradigmas da Modernidade? Qual o papel de Hans Kelsen, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin nessa relação? Enfim, é possível, nos dias atuais, ignorar o diálogo entre o Direito e a Moral? Após uma pesquisa bibliográfica e utilização de uma abordagem hermenêutica, concluiu-se que a pureza do Direito é incompatível com o Estado Democrático de Direito, em especial no âmbito das teorias de Ronald Dworkin e Jürgen Habermas. Enquanto Jürgen Habermas reconhece um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, Ronald Dworkin fundamenta a legitimidade de sua teoria em uma base exclusivamente Moral.

Palavras-chave: Direito; Moral; Hans Kelsen; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin.

Abstract: *The complex relationship between Law and Morality, as well as its development over the centuries, shows the existence of a conflict of paradigms, since many judges, in the Democratic State of Law, still believe in the construction of a pure science for the interpretation of Law. It is in this context that the problem that this article seeks to answer is inserted: What is the relation between Law and Morals in the Democratic State of Law? The answer necessarily goes through the following secondary questions: How did the relation between the Law and the Moral developed along the paradigms of Modernity? What is the role of Hans Kelsen, Jürgen Habermas and Ronald Dworkin in this relationship? Finally, is it possible, in the present day, to ignore the dialogue between the Law and the Moral? After a bibliographical research and use of a hermeneutical approach, it was concluded that the purity of the Law is incompatible with the Democratic State of Law, especially in the scope of the theories of Ronald Dworkin and Jürgen Habermas While Jürgen Habermas recognizes a character of complementarity between the Law and Moral, Ronald Dworkin grounds the legitimacy of his theory on an exclusively Moral basis.*

Keywords: *Law; Moral; Hans Kelsen; Jürgen Habermas; Ronald Dworkin.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre a ideia de paradigma. 3. Da antiguidade ao Estado Social. 4. O Estado Democrático De Direito e a proposta de Jürgen Habermas. 5. O Estado Democrático de Direito e a proposta de Ronald Dworkin. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito e a Moral, bem como o seu desenvolvimento ao longo dos paradigmas, é capaz de gerar, nos dias atuais, uma sensação de que inexistente diálogo entre os dois institutos, na medida em que muitos magistrados e aplicadores do Direito, em pleno Estado Democrático de Direito, não são capazes de visualizar a evolução paradigmática do Direito e sua inevitável relação com a Moral.

De fato, a mão pesada do paradigma limita o ser humano, e não são todos que possuem a capacidade de aceitar a precariedade como instrumento constituidor do seu próprio ser. A possibilidade de entender as premissas teóricas que fundamentam a relação entre o Direito e a Moral ao longo da história e, em especial, nos dias atuais, com pensadores que mais bem representam o Estado Democrático de Direito, passa por uma análise do que constitui o próprio julgador e o seu entender do que é o Direito.

O presente artigo tem justamente essa proposta. Qual a relação entre o Direito e a Moral? Como essa relação se desenvolveu ao longo dos paradigmas? Qual o papel de Hans Kelsen, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin nessa complexa relação? Enfim, é possível, nos dias atuais, ignorar o diálogo entre o Direito e a Moral?

Do mesmo modo que as perguntas são complexas, as respostas também o são. Elas passam pela análise do conceito do que venha a ser um paradigma para

que se possa entender o caminhar dessa relação ao longo dos anos. Com a finalidade de integrar as fontes de estudo que serão utilizadas, verificou-se a necessidade de uma abordagem hermenêutica

A partir dessa premissa, após trabalhar o conceito de paradigma, será feita uma breve análise da relação entre o Direito e a Moral no período pré-moderno para, em seguida, estudar essa relação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen. Ao final, a análise terá por base teóricos que mais bem representam o Estado Democrático de Direito, quais sejam, Jürgen Habermas e Ronald Dworkin.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A IDEIA DE PARADIGMA

O estudo da relação entre o Direito e a Moral pode ser fragmentado dentro de determinados períodos históricos, ou seja, dentro de esferas de pré-compreensões compartilhadas por pessoas dentro de mesmo contexto temporal e espacial. É por isso que ganha relevância a ideia de paradigma.

Em breves palavras, um paradigma pode ser qualificado como conceitos prévios e necessários ao exercício da linguagem em uma visão de mundo que norteia a leitura que dele se faz e, ao mesmo tempo, limita a compreensão que dele se tem, devidamente concebido dentro de um específico tempo e determinado lugar. Bauman (1997, p. 17) trata dessa questão ao explicar o seu entendimento sobre um fundo de conhecimentos compartilhados e afirma que

[...] nenhum de nós pode construir o mundo das significações e sentidos a partir do nada: cada um ingressa num mundo 'pré-fabricado', em que certas coisas são importantes e outras não o são; em que as conveniências estabelecidas trazem certas coisas para a luz e deixam outras na sombra.

Com base na leitura que Bauman faz da ideia de paradigma, é possível visualizar que o mesmo possui um duplo aspecto, ao iluminar uma situação e deixar outras na sombra. Essa tensão paradigmática também é pontuada por Menelick de Carvalho Netto. Em relação ao primeiro aspecto, o autor afirma que o paradigma

[...] possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado nas gramáticas das práticas sociais, que a um só

tempo tornam possível a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Esse primeiro aspecto condiciona e limita o agir de uma pessoa a essa visão de mundo na qual está inserida, de modo a tornar possível a linguagem entre as pessoas que compartilham esse mesmo paradigma. As esferas gerais de pré-compreensões trazem, em si, o conteúdo que tenta perpetuar na história de cada paradigma, a fim de impor a ideia de que tal pano de fundo é o mais adequado àquele contexto.

Já em relação ao segundo aspecto, importa dizer que o paradigma

[...] padece de óbvias simplificações, que só são válidas na medida em que permitem que se apresente essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados (CARVALHO NETTO, 1999, p. 476).

Note que o paradigma é uma visão precária de determinado contexto histórico. A história é muito mais rica do que a tentativa de simplificar, em certos aspectos, determinado período, tanto que a precariedade de um paradigma inevitavelmente vai deixar de iluminar algumas situações que podem vir a gerar uma ruptura paradigmática.

Nessa linha de pensamento, um paradigma é dotado, no entender de Kuhn (2001, p. 219), de um caráter circular, o qual é constituído pelo o que as pessoas de certa comunidade partilham (aspecto objetivo) e, também, pelo conjunto de indivíduos que fazem parte desse mundo (aspecto subjetivo), sendo impossível reconstruir todas as suas peculiaridades em razão da extensão dessa circularidade.

Por isso, quando se fala nos paradigmas da modernidade, não se deseja exaurir suas características, mas, na verdade, procurar aspectos comuns dentro de cada período histórico e igualmente compartilhados por vários Estados, formando, assim, grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visões de mundo, que, ainda hoje, concorrem e condicionam a atuação dos magistrados no Brasil, mas nem sempre se mostram adequados à noção de um Estado Democrático de Direito.

3 DA ANTIGUIDADE AO ESTADO SOCIAL

No período pré-moderno, o direito era tradicionalmente posto como um instrumento de manipulação das massas e manutenção dos privilégios das classes, em especial do clero e da nobreza. De acordo com Menelick de Carvalho Neto

(1999, p. 476-477), a “lei” era decorrência da íntima relação entre religião, moral, tradições sociais, costumes e direito:

O direito é visto como a coisa devida a alguém, em razão de seu local de nascimento na hierarquia social tida como absoluta e divinizada nas sociedades de castas, e a justiça se realiza sobretudo pela sabedoria e sensibilidade do aplicador em “bem observar” o princípio da equidade tomado como a harmonia requerida pelo tratamento desigual que deveria reconhecer e reproduzir as diferenças, as desigualdades, absolutizadas da tessitura social (a *phronesis* aristotélica, a servir de modelo para a postura do hermenauta).

A finalidade do aplicador da norma, portanto, era reproduzir as inúmeras diferenças sociais e manter a estrutura classista existente na sociedade. A moral era parte de um complexo sistema de normas que se harmonizavam para refletir e manter a discriminação social e a desigualdade entre as pessoas.

A modernidade consistiu numa resposta direta à Monarquia e aos abusos cometidos pelos órgãos detentores do Poder. Durante o primeiro paradigma da Modernidade, o Estado Liberal, foram reconhecidos os primeiros direitos fundamentais, notadamente os direitos civis e políticos. Houve a consolidação de um Estado mínimo e de uma nova forma de a magistratura aplicar o Direito.

Com o crescimento do Estado Liberal e em razão do receio de se perpetrarem práticas discriminatórias consagradas na Antiguidade e na Idade Média, ao magistrado não foi possibilitada a interpretação da lei ou mesmo a sua não aplicação no caso concreto:

Após as experiências constitucionais fracassadas na França, em 1791 e 1793, a noção de poder constituinte ilimitado é “domesticado” por Sieyès, com a proposta de um *Jury Constitutionnaire* para o texto de 1795, que seria encarregado de um controle de constitucionalidade. Tal proposta fracassou, entre outras causas, porque o judiciário era visto com desconfiança desde os períodos que antecederam a Revolução, e a ideia de conferir tal competência aos juízes poderia descambar para o abuso interpretativo (JEVEAUX, 2008, p. 85).

Com isso, retirou-se a atividade hermenêutica do Poder Judiciário. Na França, um dos grandes expoentes do Estado Liberal, essa atribuição era do Poder Legislativo, que a exercia por meio do Tribunal de Cassação:

O *Tribunal de Cassation* foi, em síntese, uma típica expressão da desconfiança profunda dos legisladores revolucionários nos juízes franceses: a mesma desconfiança que, nos primeiros anos da Revolução, os levou a

repetir a absurda tentativa jutinianéia de proibir aos juízes todo poder de interpretação das leis, reservando tal poder ao *Corps Législatif* que devia prover à própria interpretação, mediante decreto a pedido dos juízes, toda vez que estes estivessem em dúvida sobre o significado de um texto legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p. 41).

Nesse período, portanto, a sociedade de intérpretes era tão restrita que, no caso francês, limitava-se a um órgão, o Tribunal de Cassação. A interpretação não era atribuição do magistrado, uma vez que este se limitava a subsumir a lei ao caso concreto, decorrendo daí o brocardo *bouche de la loi*. Carvalho Netto (1999, p. 479) sintetiza a atividade interpretativa do juiz no Estado Liberal:

É claro que sob este primeiro paradigma constitucional, o Estado de Direito¹, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos, e a interpretação algo a ser evitado mesmo pela consulta ao legislador na hipótese de dúvidas do juiz diante de textos obscuros e intrincados. Ao juiz é reservado o papel de mera “*bouche de la loi*”.

Trata-se de um positivismo exegético. Por ser a interpretação fator externo à atividade judicial, a moral não possuía um instrumento para a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário. A presença da moral, de forma muito nítida, ocorria pela via do Poder Legislativo e daqueles que compunham esse poder.

Com o advento do Estado Social, que teve origem na Revolução Industrial e na Primeira Guerra Mundial, a interpretação se incorporou à função dos magistrados, mas a distância com a moral aumentou significativamente, como se observa pela obra de Hans Kelsen, “Teoria Pura do Direito”, um dos grandes expoentes desse período histórico.

O próprio título da obra demonstra a preocupação do autor com a pureza da ciência que busca estudar: o Direito. Com isso, Kelsen demonstra sua preocupação com a autonomia da ciência jurídica e que essa proposta de visão do Direito não tem por fim analisar o que é certo ou errado, o que é bom ou mau, mas, na verdade, busca estudar o que é válido ou inválido e o que é lícito ou ilícito. Essa ruptura entre a ciência do Direito e as demais ciências constitui a base sobre a qual Kelsen construiu a sua teoria:

¹ Deve-se tomar cuidado com essa referência do autor ao “Estado de Direito”. Não se pode confundir Estado de Direito com Estado Liberal. O primeiro é a base de todo o Estado moderno, do qual fazem parte os paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Já o Estado Liberal consiste no primeiro paradigma do Estado de Direito. Desse modo, quando o autor se refere no seu texto a “Estado de Direito”, está, na verdade, fazendo referência ao Estado Liberal.

Quando a si própria se designa como “pura” Teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo que não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental (KELSEN, 2003, p. 1).

É por isso que, nesse contexto, um direito positivo continua válido mesmo quando ele contraria algum mandamento de justiça ou de moral. A validade do Direito tem por base um valor unicamente jurídico e a ética, a sociologia e outras ciências humanas não encontram espaço para dialogar com a Ciência do Direito:

Quanto a Teoria Pura pretende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, por que intenta evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto (KELSEN, 2003, p. 2).

Em cima dessa premissa, Kelsen trabalhou toda a sua teoria, a qual também se baseia em uma ideia verticalizada da hermenêutica, no sentido de que o processo de aplicação do Direito se faz de um escalão normativo superior para um escalão normativo inferior. Não obstante, o autor distingue duas formas de interpretação: uma elaborada pelo órgão jurisdicional e outra elaborada por qualquer pessoa, em especial, pela ciência jurídica (KELSEN, 2003, p. 387-388).

Um dos pontos centrais do positivismo kelseniano gira em torno do limite interpretativo com a fixação de um sentido do objeto a se interpretar dentre vários igualmente corretos e possíveis. Nesse contexto, a interpretação resulta sempre em diversas normas, que serão a moldura, dentro da qual a escolha de qualquer uma delas importará igualmente na relação entre o ato de execução e a sentença, entre a sentença e a lei, e assim sucessivamente. Sobre o tema, Kelsen pondera que

Se por interpretação se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento de várias possibilidades que dentro dessa moldura existem. Sendo assim, a interpretação não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplica – têm igual valor, se vem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito (KELSEN, 2003, p. 390 e 391).

Como expõe Carvalho Netto (1999, p. 481), os métodos hermenêuticos, como a interpretação sistêmica, teleológica e histórica, concedem ao juiz uma multiplicidade discricionária interpretativa, desde que todos estejam dentro da moldura proposta por Kelsen:

Explica-se, assim, por exemplo, tanto a tentativa de Hans Kelsen de limitar a interpretação da lei através de uma ciência do Direito encarregada de delinear o quadro das leituras possíveis para a escolha discricionária da autoridade aplicadora, quanto o decisionismo em que o mesmo recai quando da segunda edição de sua Teoria Pura do Direito.

Apesar de inúmeras interpretações possíveis da regra – que formariam a moldura –, Kelsen (2003, p. 391) afirma que não existe critério para a escolha de uma interpretação em detrimento da outra:

Não há absolutamente qualquer método – capaz de ser classificado como de Direito positivo – segundo o qual, das várias significações verbais de uma norma, apenas uma possa ser destacada como “correta” – desde que, naturalmente, se trate de várias significações possíveis: possíveis no confronto de todas as outras normas da lei ou da ordem jurídica.

Ora, se não existe esse critério, então a escolha do magistrado se dá de forma discricionária, de acordo com a sua conveniência e oportunidade, ao simples argumento de que quem escolhe uma das interpretações está empossado no cargo de magistrado. Em outras palavras, a legitimidade da decisão do juiz recai sobre sua autoridade, ou seja, pelo simples fato de ser investido da atividade jurisdicional, bastando a simples – e discricionária – escolha, pela Autoridade Judicial, de uma das interpretações possíveis existentes dentro da moldura.

É por isso que Kelsen (2003, p. 393) qualifica como extrajurídica a questão relativa à busca de “uma” interpretação correta, pois, no seu entender, a escolha de uma das interpretações é que a tornará a interpretação jurídica correta:

A questão de saber qual é, de entre as possibilidades que se apresentam nos quadros do Direito a aplicar, a “correta”, não é sequer – segundo o próprio pressuposto de que se parte – uma questão de conhecimento dirigido ao Direito positivo, não é um problema da teoria do Direito, mas um problema da política do Direito.

Enquanto a interpretação cognoscitiva é capaz de ampliar a moldura, a escolha, pelo magistrado, de uma dessas interpretações presentes se faz por meio de um ato de vontade (distinguindo, nesse momento, a interpretação jurídica feita pelo magistrado de qualquer outra interpretação feita pelos cientistas do

Direito) (COURA, 2013, p. 134). Em outras palavras, a interpretação da ciência jurídica é capaz de ampliar a moldura de escolha do magistrado e o seu poder discricionário transformará em Direito uma das interpretações, de modo a criar o Direito para o caso concreto. Por isso, a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica:

Mas autêntica, isto é, criadora do Direito é a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito, ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção (KELSEN, 2003, p. 394).

No entanto, em 1960, foi publicada uma nova edição totalmente modificada e completamente ampliada da Teoria Pura do Direito em relação à edição de 1934, cuja explanação foi a base do estudo acima. Dentre as inúmeras mudanças, ressalta-se uma relativa à hermenêutica jurídica e à interpretação autêntica:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva, da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa (KELSEN, 2003, p. 394).

Há quem ignore a assertiva acima ao afirmar que tal frase seria apenas mais uma dentro de obra muito vasta, motivo pelo qual não se poderia dar uma relevância desproporcional a sua extensão². De fato, em nenhum outro momento Kelsen retoma a ideia supra exposta, mas isso não a torna menos relevante na nova edição da Teoria Pura do Direito.

No trecho supratranscrito, Kelsen enaltece a atividade do juiz como um legítimo órgão criador do Direito. Mesmo que a norma esteja fora da moldura, ela pode ser extraída de uma fonte não jurídica (não positiva), que, então, transmutar-se-á de conteúdo jurídico pelas mãos do magistrado, o intérprete autêntico.

Essa verdadeira atividade legislativa judicial não é vista por Kelsen (2003, p. 395) como um problema do seu sistema, mas decorre do fato de ele aceitar que determinadas decisões judiciais não podem ser anuladas quando transitadas em

²“Essa passagem tem provocado muita controvérsia entre os leitores de Kelsen. Ela pode ser compreendida como uma radicalização de suas noções e de seu pensamento. Isso levaria até mesmo, no limite, a uma posição que acabaria por colocar em xeque a própria ideia de um direito positivo. Por outro lado, pode-se também pensar que se trata apenas de uma frase em uma obra muito vasta. Isso implica dizer que não se poderia dar a essa frase um peso que parece desproporcional à sua extensão” (BENJAMIN; SOUZA, 2010, p. 147-148).

julgado, em especial pelos tribunais de última instância. São decisões incompatíveis com a ciência jurídica, mas, ainda assim, válidas dentro da Teoria Pura do Direito por se tornarem imutáveis dentro das regras processuais.

Assim, Kelsen radicaliza a Teoria Pura do Direito. É possível afirmar que a moldura não deixou de existir, mas, na verdade, que ela continua em constante ampliação pelos atos de vontade do magistrado. Em outras palavras, cada nova decisão pode significar a ampliação da moldura previamente estabelecida.

De forma mais específica, tal mudança paradigmática do pensamento kelseniano importa na conclusão de que qualquer decisão tomada pelo magistrado, mesmo que originariamente fora da moldura, é juridicamente válida. O perigo é que mesmo as decisões flagrantemente contrárias ao sistema constitucional passam a ser aceitas pela Teoria Pura do Direito, desde que os instrumentos processuais não sejam utilizados para invalidar tais decisões:

No ano de 1960, em uma nova Teoria Pura do Direito, importantes modificações foram apresentadas por Kelsen no capítulo dedicado à interpretação jurídica. Tais inovações consubstanciaram um significativo giro na perspectiva kelseniana, na medida em que o autor reconheceu a impossibilidade de limitar o poder discricionário da autoridade competente para aplicar o Direito, o que acabou por colocar em risco os próprios objetivos da Teoria Pura, diluindo-a em puro decisionismo (COURA, 2013, p. 133).

Nesse contexto, o magistrado passa a ter uma “carta branca” e as normas presentes na moldura nada mais são do que uma estratégia de julgamento que podem ser utilizadas (ou não) a critério do magistrado. Tem-se, portanto, uma forte influência pragmatista na virada do pensamento Kelseniano, em especial se considerarmos que a esse giro hermenêutico ocorreu após a ida do autor para a Califórnia, onde manteve contato com a teoria dos precedentes e com o pragmatismo jurídico. Com isso, o comportamento do magistrado torna-se consideravelmente difícil de ser previsto.

Se o magistrado pode, de acordo com seu poder discricionário, decidir fora da moldura com base em padrões extrajurídicos (padrões morais, sociológicos, entre outros), então ele está liberto das decisões do passado, sejam legislativas ou judiciais. Essa brecha possibilita a utilização da moral do julgador e de questões econômicas e sociais na decisão. Com isso, é desfeito o mito de se consolidar uma suposta teoria “pura” do Direito, como se a limitação do Direito pelas regras, por si só, fosse suficiente para abraçar todas as complexas relações sociais. Em síntese, essa mudança paradigmática agravou o grau de decisionismo do positivismo jurídico por admitir, nessas hipóteses, a judicialização de questões extrajurídicas, de modo a fragilizar uma teoria pura do Direito.

A legitimidade da decisão fora da moldura, admitida por Kelsen na edição de 1960, pode ser vista como um problema em sua teoria. No entanto, essa situação também pode ser analisada como a evolução do pensamento do autor, de modo a se verificar a impossibilidade de a ciência do Direito não delimitar com questões extrajurídicas, como a moral e a sociologia. Essa importante mudança paradigmática reclama o reconhecimento da limitação do positivismo e da necessidade de se buscar uma nova luz para iluminar as futuras decisões.

4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROPOSTA DE JÜRGEN HABERMAS

Comprovada a necessidade de se buscar uma nova leitura para a ciência do Direito e, em especial, com a consolidação do Estado Democrático de Direito, nasce um novo capítulo da relação entre o Direito e a Moral.

Com o surgimento da litigação coletiva, com a massificação das demandas individuais, com a publicação de novas leis repletas de conceitos jurídicos indeterminados, com o crescimento da política e da corrupção, com a pluralidade social, o Estado Democrático se depara com novos desafios que reclamam uma hermenêutica jurídica capaz de responder esses problemas e que não se esgote na plenipotenciariade da regra, tão intrínseca ao positivismo jurídico:

Após as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, a sociedade passou a buscar meios para limitar o poder estatal e garantir proteção a um rol mínimo de direitos, que deveriam ser inatingíveis, por outros cidadãos e pelo próprio Estado. Também se fez necessário reformular a maneira de interpretar e aplicar o Direito, conjugando às suas normas e legislações, valores e princípios éticos (SCHEIFER et al., 2016, p. 169).

É nesse contexto que ganha relevância autores como Jürgen Habermas e Ronald Dworkin, ao reconhecerem, com base em fundamentos distintos, a importância de uma interpretação que se fundamente nas normas constitucionais, em especial nos direitos fundamentais, e que se abra a uma leitura principiológica do Direito. Assim, a moral passa a incorporar as duas visões do Direito, mas sob premissas completamente diferentes, como será analisado abaixo.

Habermas (2007, p. 296) não aceita que o Direito se valide na moral e afirma que o “direito moderno, em razão do seu caráter formal, exime-se em todo caso de qualquer ingerência direta que advenha de uma consciência moral remanescente e pós-tradicional”.

Para tanto, o autor trata do exemplo dos direitos subjetivos para fins de diferenciar em que consiste a Moral e o Direito. Os direitos subjetivos foram introduzidos no Direito com a finalidade de assegurar um espaço privado na vida do cidadão, ao argumento de que lhe é autorizado fazer tudo o que não for, pela lei, proibido. Acontece que essa premissa legal não encontra respaldo moral, uma vez que, na moral, mesmo em um espaço privado, existe uma equivalência e simetria entre direitos e deveres.

Observa-se, portanto, que o Direito não se confunde com a Moral. Pelo contrário, são campos de atuação distintos. Por intermédio desse pensamento, tem-se que, em Habermas, o Direito não busca sua legitimidade na Moral. Isso não implica dizer, de acordo com o autor, que não exista qualquer relação entre Direito e Moral:

[...] uma ordem jurídica só pode ser legítima, quando não contrariar princípios morais. Através dos componentes de legitimidade de validação jurídica, o direito adquire uma relação com a moral. Entretanto, essa relação não deve levar-nos a subordinar o direito à moral, no sentido de uma hierarquia de normas (HABERMAS, 2003, p. 140-141).

Como se observa, existe uma relação de complementação recíproca entre o Direito e a Moral, tanto que uma ordem jurídica não pode violar princípios morais (não no sentido de validade e hierarquia de normas). Os dois sistemas analisam o mesmo problema (a solução de conflitos) de ângulos e pontos de vistas distintos já que a Moral é um mero sistema de conhecimento, enquanto o Direito traz, em si, uma coercitividade e a força estatal inexistentes na Moral (HABERMAS, 2003, p. 141).

Habermas pontua a importância do conteúdo moral dos direitos fundamentais e reconhece essa relação, mas ressalta que a interpretação e aplicação desses direitos são decorrência da “autodeterminação democrática dos cidadãos”, devendo ser eles interpretados “como direitos jurídicos, não obstante seu conteúdo moral” (HABERMAS, 2003, p. 140). A nítida complementariedade não coloca o conteúdo moral acima do conteúdo jurídico, mas, na verdade, possibilita um diálogo entre os dois por meio das arenas de debate, *locus* da autodeterminação democrática dos cidadãos. É nesse contexto que a Moral é incorporada ao Direito para, então, possuir natureza jurídica.

Não obstante, “o direito legitima-se [...] como um meio para o asseguramento equânime da autonomia pública e privada” (HABERMAS, 2007, p. 298). O Direito, portanto, é visto como o seu próprio fundamento. Não se admite um fundamento religioso ou moral do Direito, como era no período anterior à Revolução

Francesa. No Estado Democrático de Direito, à luz da teoria procedimentalista do discurso e por meio da materialização de uma ação comunicativa, o Direito legitima o resultado final do procedimento, situação capaz de possibilitar que os destinatários das normas sejam também os seus criadores (CATTONI, 2006, p. 139). Em outras palavras, a legitimidade do Direito decorre da coesão interna existente entre soberania popular e direitos fundamentais:

A autonomia política dos cidadãos deve tomar corpo na auto-organização de uma comunidade que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos, por outro lado, deve afigurar-se nos direitos fundamentais que garantem o domínio anônimo das leis (HABERMAS, 2007, p. 299).

Deve-se ressaltar que, somente por meio do respeito aos direitos fundamentais – decorrência do respeito à autodeterminação como prerrogativa da soberania popular –, é possível uma relação entre autonomia pública (autores das normas jurídicas), autonomia privada (destinatários das normas jurídicas) e a atuação do magistrado no Estado Democrático de Direito. A legitimidade do Direito, portanto, é deslocada para o momento da sua produção legítima, cujo caminhar reclama a abertura do procedimento aos afetados.

Isso somente será possível se os cidadãos, ao participarem da construção da norma na qualidade de autores, puderem se ver também como seus legítimos destinatários (HABERMAS, 2007, p. 301). Com base nessa afirmativa verifica-se mais um argumento para refutar a Moral como fonte legitimadora do Direito: os fatos morais são anteriores aos cidadãos e previamente construídos. Se são prévios, os cidadãos não podem ser seus autores, situação que refuta a necessidade da coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular. No Direito, ao contrário, a eleição das normas e dos direitos a serem criados é livre, e eles são escolhidos de acordo com as necessidades da população dentro de um contexto de correlação entre autonomia pública e autonomia privada. Por isso, no contexto da ação comunicativa habermasiana, os cidadãos são autores da criação das normas e dos direitos:

Com base nesse viés, possibilita-se a coesão entre soberania popular e direitos fundamentais. A soberania popular – espaço da autonomia pública – reclama o exercício dos direitos humanos (ou direitos fundamentais) para o seu adequado exercício, ao passo que os direitos fundamentais – espaço da autonomia privada – necessitam da soberania popular para determinar o modo pelo qual tais direitos serão exercidos. Trata-se da coesão interna entre direitos fundamentais e soberania popular [...] (COURA; ZANOTTI, 2016, p. 179).

De fato, para Habermas, o Direito não se fundamenta na Moral. No entanto, o autor reconhece a existência de uma complementariedade entre o Direito e a Moral, em especial por analisarem o mesmo problema, qual seja, a solução de conflitos, por ângulos e pontos de vistas distintos. Ganha importância, nesse contexto, o conteúdo moral dos direitos fundamentais e o exercício desses direitos por meio da ação comunicativa, que permite a inserção do conteúdo moral nas arenas de debate.

5 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN

Jürgen Habermas dá um importante passo, além da pretensão de uma pureza metodológica tão idealizada por Hans Kelsen, ao reconhecer um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, sem que o Direito busque sua legitimidade na Moral. Ronald Dworkin supera esse pensamento ao fundamentar sua teoria em uma base exclusivamente moral.

Com base nessa mudança paradigmática, Ronald Dworkin supera a pretensão de se separar o estudo do Direito das análises axiológicas de modo a construir a cientificidade de sua teoria em um fundamento valorativo. Para tanto, o autor (DWORKIN, 2012, p. 414) afirma que a relação entre o Direito e a Moral tem por base uma “estrutura em árvore”, na qual o Direito é um ramo da moral política e a moral política é um ramo de um tronco ainda maior, qual seja, a Moral.

Com a finalidade de consolidar sua teoria no plano prático, Ronald Dworkin (2012, p. 415 e 416) refuta o positivismo jurídico, que fundamenta a legitimidade dos atos exclusivamente em comportamentos históricos, e constrói a sua teoria com base no interpretativismo, o qual reconhece a importância dos comportamentos históricos, desde que dentro de um constante diálogo com o papel a ser desempenhado pelos princípios de moral política.

Em outras palavras, em razão da adoção do interpretativismo, ganha relevância o romancista de Ronald Dworkin que é, acima de tudo, preocupado não só com as regras e princípios atualmente presentes no ordenamento jurídico, mas também com a construção de uma complexa história da prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz:

O direito como integridade, portanto, começa no presente só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais e os objetivos práticos dos políticos que o criaram. Pretende, sim, justificar o

que eles fizeram em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado (DWORKIN, 2007, p. 274).

O romancista não tem por finalidade reescrever o que cada integrante do Poder Legislativo ou do Poder Judiciário considerava essencial para a tomada de determinada decisão. Esses argumentos podem até ser considerados pelo romancista, mas ele não se prende em eventos isolados ou votos vencidos, uma vez que a história a ser contada não é de um indivíduo, mas da comunidade personificada (pessoa coletiva artificial):

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade (DWORKIN, 2007, p. 276).

É por isso que o conceito de moral política e a construção do Direito como integridade não podem ser previamente estabelecidos com base em um conceito de equidade, liberdade ou devido processo legal. Eles devem ser construídos como expressão da história institucional da comunidade no qual ele está inserido que, ao mesmo tempo, reconstrói a prática do passado e possibilita a aplicação do Direito sob uma melhor luz.

Mais do que um modelo de julgamento, Ronald Dworkin constrói esse conceito de Direito como um projeto “para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter” (2007, p. 492). O fundamento moral do Direito demonstra a atitude de um julgador muito mais humano e bem menos metódico do que aquele desenvolvido por Hans Kelsen.

Para tanto, Ronald Dworkin (2012, p. 280) faz uso de uma moral Kantiana, de modo a consolidar uma íntima relação entre ética e Moral, capaz de nortear, por um lado, a comunidade que pretendemos ter e, por outro lado, a aplicação do Direito:

Devemos mostrar respeito total pela igual importância objetiva da vida de todas as pessoas, mas também respeito total pela nossa própria responsabilidade de fazer algo de válido com as nossas vidas. Devemos interpretar a primeira exigência de maneira a deixar espaço para a segunda e vice-versa.

As duas exigências do princípio de Kant devem conviver em harmonia por serem vistos como expressão da relação entre a ética, responsável pelo “estudo de como viver bem” (DWORKIN, 2012, p. 25), e a Moral, responsável pelo “estudo de como devemos tratar as outras pessoas” (DWORKIN, 2012, p. 25). Assim, obrigatoriamente todas as pessoas têm uma responsabilidade pessoal pela própria vida, ou seja, uma responsabilidade que não se pode delegar e nem ignorar, ao passo que o princípio de Kant reclama o reconhecimento dessa responsabilidade paralela também na vida dos outros.

Nessa linha de pensamento, Ronald Dworkin (2012, p. 336) afirma que a moral política “estuda aquilo que todos nós devemos aos outros enquanto indivíduos, quando agimos em nome dessa pessoa coletiva artificial”. De fato, o princípio de Kant impõe às pessoas a necessidade não só de cada indivíduo se engajar em um projeto que torne a sua vida a melhor vida possível, bem como impõe a necessidade de respeito pela importância objetiva da vida de todas pessoas.

É nesse contexto que o autor constrói a relação entre comunidade política e imposição de obrigações aos seus membros, sempre preocupado com a tensão entre os direitos da igualdade e da liberdade, cujos conceitos são reconstruídos a partir da matriz kantiana acima exposta que relaciona ética e Moral no Direito:

Uma comunidade política só tem força moral para criar e impor obrigações aos seus membros, se os tratar com preocupação e respeito iguais, ou seja, se as suas políticas tratarem as vidas dos seus membros como igualmente importantes e respeitarem as suas responsabilidades individuais sobre as próprias vidas (DWORKIN, 2012, p. 338).

Pela leitura, observa-se a existência de duas exigências para se consolidar a relação entre comunidade política e imposição de obrigações: por um lado, com um viés moral e fundamentado no direito da igualdade, as políticas devem tratar todos os membros como igualmente importantes; por outro lado, com um viés ético e fundamentado no direito da liberdade, as políticas devem respeitar as responsabilidades das pessoas por suas vidas.

Relaciona-se, desse modo, a moral política com os direitos da igualdade e da liberdade que são, acima de tudo, conceitos interpretativos e não criteriosais. Não é possível pré-estabelecer critérios para a delimitação dos dois direitos fundamentais, cuja formulação parte da constante construção da história de certa comunidade e se verifica como tal prática melhor constrói essa comunidade de agora em diante.

Da mesma forma que Dworkin utiliza o princípio de Kant – e a relação entre ética e Moral – para construir o conceito de moral política para, ao final, corre-

lacionar a constante tensão entre a liberdade e a igualdade na construção desse conceito, a posterior construção pelo autor do direito à igualdade e do direito à liberdade passa por esse mesmo fundamento teórico.

Ronald Dworkin (2012, p. 360) relaciona o direito à igualdade com a forma de exercício do governo e afirma que um “governo coercivo só é legítimo quando tenta mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa e respeito total pela responsabilidade pessoal dessas pessoas pelas suas próprias vidas”.

A segunda parte da afirmação de Dworkin guarda relação com o modo de atuação do Estado Liberal, no qual existia uma forte predominância dos direitos civis e políticos, tanto que a relação entre o direito privado e o direito público era nitidamente marcada pela prevalência do primeiro em face do segundo. Nesse período, a atuação do Estado era mínima, de modo a se garantir que cada pessoa fosse diretamente responsável pelo destino de sua vida e as regulamentações estatais ocorriam em áreas que se mostrassem imprescindíveis para sua atuação. Em outras palavras, a função do Direito era limitada a garantir o *status* negativo da liberdade do particular, de modo a determinar uma não atuação do Estado.

Já na primeira parte da afirmação de Dworkin, tem-se uma nítida atuação do Estado Social. As esferas privadas, marcadas pela não atuação do Estado Liberal, sofreram grande atuação e a materialização dos direitos torna-se o grande destaque do Estado Social por meio de um ideal de justiça mais social. Nesse período histórico, a igualdade foi qualificada pela obrigação de se incluir grupos historicamente discriminados, em especial pelo fato desse paradigma estatal mostrar preocupação igual com os destinos de todos aqueles que governa.

Para que no Estado Democrático de Direito não ocorra a prevalência de um desses modelos de Estado, a legitimidade do governo deve se basear na tensão entre as premissas dos dois paradigmas para que um não sobressaia o outro e, com isso, não ocorra a violação do princípio de Kant.

Em relação ao direito à liberdade, Ronald Dworkin (2012, p. 374) constrói o seu conceito com base em duas liberdades que sempre foram apontadas pelos filósofos como formas opostas de exercício desse direito.

Na liberdade positiva, “as pessoas devem poder desempenhar um papel na sua própria governação coerciva” (DWORKIN, 2012 p. 374), o que se traduz na ideia de autogoverno presente no modelo democrático de exercício do poder.

Na liberdade negativa, “as pessoas devem estar livres do governo coercivo em relação a um nível substancial das decisões e atividades” (DWORKIN, 2012, p. 374), ou seja, a existência de algumas leis viola a independência ética porque

negam às pessoas o poder de tomarem decisões sobre questões de essência ética, como é o caso da escolha (ou não) de uma religião, do exercício da cultura, do modo de se vestir, entre outros.

Pelo tudo o que foi exposto, a base moral de Dworkin é nitidamente uma base kantiana, capaz de relacionar em todos os níveis a Moral e a ética, não como conflitantes entre si, mas como complementares e necessárias para o adequado exercício de todos os direitos fundamentais.

Existe, com isso, uma nítida relação entre ética e Moral na construção da moral política, fundamento de legitimidade do Direito, que, ao ser estruturada na forma de árvore, condiciona o exercício do Direito a uma concepção que vai além da mera análise das decisões tomadas no passado, limite natural do positivismo jurídico.

CONCLUSÃO

A análise da complexa relação entre o Direito e a Moral ao longo dos paradigmas tem por finalidade demonstrar que a inicial relação, baseada num caráter manipulador e segregador do indivíduo, bem como a pretensa tentativa de total separação entre os dois ramos, em razão da busca de uma pureza metodológica, são nada mais do que parte da história que compõe o conceito de Direito do magistrado, mas que, em pleno Estado Democrático de Direito, ainda influenciam inúmeras tomadas de decisão.

No Estado Democrático de Direito, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas partem do pressuposto de que a relação entre o Direito e a Moral compõe o próprio conceito de Direito e a partir desse pressuposto os autores constroem a respectiva teoria. Enquanto Jürgen Habermas reconhece um caráter de complementariedade entre o Direito e a Moral, Ronald Dworkin fundamenta a legitimidade de sua teoria em uma base exclusiva de moral política.

A defesa da relação entre o Direito e a Moral passa, na verdade, pelo real rompimento do atual paradigma com o Estado Social, que fundamenta a legitimidade dos atos exclusivamente em comportamentos históricos, devendo se preocupar, por um lado, com as peculiaridades do caso concreto, que por sua natureza são únicos e irrepetíveis, e, por outro lado, com uma prática materialmente justificada por princípios voltados para um futuro que busca o Direito pela sua melhor luz.

A compreensão do Direito na proposta de Jürgen Habermas e na proposta de Ronald Dworkin demonstra a necessidade de superação da pureza tão defendida por Hans Kelsen, de modo a conferir um novo fundamento de legi-

timidade a qualquer decisão. Essa legitimidade, assim compreendida, não se fundamenta na mera existência da regra, mas em um conceito de Direito que possui caráter substantivo e materialmente justificado à luz de determinada comunidade.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997. 272 p.

BENJAMIN, Cássio Corrêa; SOUZA, Eron Geraldo. O problema da interpretação em Kelsen. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiás: UFG, v.34, jan/jun 2010, p. 132-148.

CATTONI, Marcelo. *Devido processo legislativo*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. 228 p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no Direito Comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999. 141 p.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamentos, v. 3, p. 573-586, 1999.

COURA, Alexandre de Castro. Sobre discricionariedade e decisionismo na interpretação e aplicação das normas em Kelsen. In: FARO, Julio Pinheiro; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo (Org.). *A diversidade do pensamento de Hans Kelsen*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 131-139.

COURA, Alexandre de Castro; ZANOTTI, Bruno Taufner. Mutação constitucional e a ampliação de poderes do (e pelo) Poder Judiciário: reflexões acerca dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau na Rcl nº 435. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 14, n. 6, p. 173-185, 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 513 p.

_____. *Justiça para Ouriços*. Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina: 2012. 515 p.

HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do outro: Estudos de Teoria Política*. Tradução de George Sperber, Paulo Astor Soethe e Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2007. 404 p.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Fábio Beno Siebenichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. 354 p. v. 1.

JEVEAUX, Geovany Cardoso. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 385 p.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2001.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução: Martônio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos estudos*, CEBRAP, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

SCHEIFER, Camila Escorsin; MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; CAMPAGNOLI, Adriana de Fátima Pillatti Ferreira. Judicialização da política no Brasil: o Poder Judiciário como guardião dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 14, n. 6, p. 158-172, 2016. Disponível em: < <http://www.rdb.org.br/>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

**A CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE DROGAS PARA
CONSUMO PESSOAL E A SUA CONSTITUCIONALIDADE EM
FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À INTIMIDADE E À
VIDA PRIVADA**

***THE CRIMINALIZATION OF THE POSSESSION OF DRUGS FOR
PERSONAL CONSUMPTION AND ITS CONSTITUTIONALITY
IN THE FACE OF THE FUNDAMENTAL RIGHTS TO INTIMACY
AND PRIVATE LIFE***

Rejane Alves de Arruda

Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra. Professora da UFMS e UCDB, em Mato Grosso do Sul.

Andréa Flores

Advogada. Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP.
Professora da UFMS e UCDB, em Mato Grosso do Sul.

Maria Paula Azevedo Nunes da Cunha Bueno

Aluna Especial do Curso de Mestrado em Direito da UFMS.

Submetido em: 25/01/2018

Aprovado em: 25/01/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5558>

Resumo: O presente estudo versa sobre o conflito existente entre a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e os direitos fundamentais à intimidade e à vida privada, expressamente previstos no art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. Tem-se como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) – matéria esta já reconhecida de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal e objeto de Recurso Extraordinário pendente de julgamento. A partir de uma pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfica, percebe-se quão rica demonstra-se a discussão existente acerca da matéria, a ponto de se inferir, em primeiro lugar, que o legislador brasileiro sempre se preocupou com a criminalização

do porte de drogas para consumo pessoal, ainda que tenha previsto, há pouco mais de 10 anos, penas não privativas de liberdade para aqueles que incorrem na conduta descrita no art. 28 da Lei n. 11343/2006. Por outro lado, percebeu-se, em especial, que a previsão de penas não privativas de liberdade para o consumidor de drogas já deixa entrever que o Estado age com cautelas na intervenção da intimidade e na vida privada de seus cidadãos. Contudo, a inegável harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exige do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais, com a intervenção do poder punitivo do Estado.

Palavras-chave: Drogas; Lei n. 11.343/2006; Direito fundamental à intimidade; Direito fundamental à vida privada.

Abstract: *The present study deals with the conflict between the criminalization of possession of drugs for personal consumption and the fundamental rights to intimacy and privacy, expressly provided for in art. 5, item X, of the Federal Constitution. Its main objective is to analyze the constitutionality of art. 28 of the Law on Drugs (Law n. 11.343 / 2006) - an issue that is already recognized as having a general repercussion by the Federal Supreme Court and is the subject of an Extraordinary Appeal pending judgment. From a research emanating from an inductive and eminently bibliographical method, one can see how rich the discussion about the subject is, to the point of inferring, first, that the Brazilian legislator has always been concerned with the criminalization of possession of drugs for personal consumption, even though it has foreseen, a little more than 10 years, non-custodial sentences for those who incur the conduct described in art. 28 of Law no. 11343/2006. On the other hand, it was noted, in particular, that the provision of non-custodial sentences for drug users already suggests that the State acts with caution in the intervention of intimacy and in the privacy of its citizens. However, the undeniable harmonization that must exist between fundamental rights, expressly provided for in the Federal Constitution, requires the State to implement public policies that are based on public safety and, therefore, on the interests of the community, albeit at the expense of the relativization of individual rights, with the intervention of the punitive power of the State.*

Keywords: *Drugs; Law n. 11.343 / 2006; Fundamental right to intimacy; Fundamental right to privacy.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções históricas. 2.1. Evolução da legislação internacional sobre drogas. 2.2. Evolução legislativa sobre drogas no Brasil. 3. A discussão da constitucionalidade. 3.1. Bases do controle de constitucionalidade ditados pela Corte Alemã (caso *Mitbestimmungsgesetz*). 3.2. Aspecto material da constitucionalidade. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objeto a análise da constitucionalidade da criminalização da conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, popularmente conhecida como Lei de Drogas, em face do direito fundamental previsto no art. 5º, X, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Tem-se como objetivo principal analisar a constitucionalidade do art. 28 da Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006) – matéria esta já reconhecida de repercussão

geral pelo Supremo Tribunal Federal e objeto de Recurso Extraordinário pendente de julgamento. Tudo com base numa pesquisa emanada de um método indutivo e eminentemente bibliográfica.

A partir da constatação de que o porte de droga para consumo pessoal sofreu, no ano de 2006, uma despenalização, pela qual restaram cominadas penas não privativas de liberdade aos consumidores de drogas, a análise da constitucionalidade de tal conduta ganha relevância ao se perceber que o tema, além de ter uma repercussão na saúde pública, encontra-se em rota de colisão com um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal.

Objetivando o esclarecimento da temática, abordar-se-á, inicialmente, a história que antecede a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal e, posteriormente, a própria Lei nº 11.343/2006.

Num segundo momento, serão verificadas as bases alemãs para o exercício do controle de constitucionalidade, que se dividem em controle de evidência, de justificabilidade e material de intensidade, aplicando-os ao caso concreto.

Ainda, tratando-se, mais especificamente, do controle material da constitucionalidade, serão trazidos os principais direitos fundamentais em conflito no referido recurso que está sob julgamento no Supremo Tribunal Federal. De uma parte, os direitos à saúde e à segurança públicas; de outro lado, os direitos à intimidade e à vida privada.

Com o fim de solucionar as colisões dos citados princípios, ou o confronto entre tais normas, lançar-se-á mão da técnica da ponderação lecionada por Alexy, bem como da tríade clássica de critérios (cronológico, hierárquico e da especialidade), respectivamente.

2 NOÇÕES HISTÓRICAS

2.1 EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO INTERNACIONAL SOBRE DROGAS

Não é possível precisar a data exata em que se iniciou o consumo de drogas. Mesmo assim, é certo dizer que cada povo foi desenvolvendo, ao longo do tempo, o modo de sua utilização. Alguns fizeram uso de tóxicos de maneira medicinal, outros para terem alucinações e, desta forma, abstraíram-se das mazelas do mundo real e das dificuldades que a vida pode trazer. Nesse sentido, vale transcrever trecho de artigo científico a respeito:

Pautado por distintos focos de interesse e ao sabor de díspares contextos sócio-culturais, o consumo de substâncias foi percorrendo um trajecto (sic) que se iniciou em tempos remotos. Assim, a cada tempo cor-

respondem diferentes substâncias e distintas formas de as usar, numa obediência a um processo longo e contínuo (NUNES; JÓLLUSKIN, sem data, p. 4).

Há pesquisadores que apontam como uma das primeiras manifestações do uso de tóxicos o uso acidental das folhas da árvore *Tabernantheiboga* por uma tribo de pigmeus na África, há aproximadamente cinco mil anos, que ocorreu da seguinte forma:

Há cerca de 5 mil anos, uma tribo de pigmeus do centro da África saiu para caçar. Alguns deles notaram o estranho comportamento de javalis que comiam uma certa planta. Os animais ficavam mansos ou andavam desorientados. Um pigmeu, então, resolveu provar aquele arbusto. Comeu e gostou. Recomendou para outros na tribo, que também adoraram a sensação de entorpecimento. Logo, um curandeiro avisou: havia uma divindade dentro da planta. E os nativos passaram a venerar o arbusto. Começaram a fazer rituais que se espalharam por outras tribos. E são feitos até hoje. A árvore *Tabernantheiboga*, conhecida por iboga, é usada para fins lisérgicos em cerimônias com adeptos no Gabão, Angola, Guiné e Camarões (LOPES, 2006, sem página).

Segundo Lopes (2006, sem página), o historiador grego Heródoto anotou, em 450 a.C., que a *cannabis sativa*, planta da maconha, era queimada em saunas para dar efeito de embriaguez em frequentadores, ao passo que, no fim do século 19, muitos desses produtos viraram, em laboratórios, drogas sintetizadas, sendo, posteriormente, inclusive estudadas por cientistas e médicos, como Sigmund Freud.

Até então, o uso de drogas não era considerado crime.

A partir do século XX é que se iniciaram as primeiras proibições e o desenvolvimento de políticas públicas relacionadas ao uso de drogas, sendo que os pioneiros foram os Estados Unidos, em 1948.

Em seguida, mais de cem países participaram de uma Convenção da ONU acerca desse tema. Segundo relatos, os chefes de Estado estavam preocupados com o alto índice de uso de ópio e em 1909 reuniram-se na Comissão do Ópio de Xangai:

A partir da Comissão de Xangai, os controles passaram a ficar mais estritos, notadamente após a 1ª Guerra Mundial, sob coordenação da Liga das Nações. O resultado foi a redução de 70% da produção de ópio em 100 anos, enquanto a população global no mesmo período quadruplicou. Não fosse esse esforço de controle, e se o aumento do consumo do

ópio apenas acompanhasse o crescimento natural da população, hoje o consumo poderia estar 13 vezes maior do que o verificado nos índices atuais (UNODC, sem data, sem página).

De acordo com a UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), que é uma parte da ONU que cuida das drogas e dos crimes a ela relacionados, existiram três Convenções Internacionais até hoje sobre o assunto, quais sejam: a) a Convenção única sobre entorpecentes, de 1961, emendada em 1972; b) a Convenção sobre substâncias psicotrópicas, de 1971 e c) a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas, de 1988. Não custa enfatizar que de todas elas o Brasil foi signatário.

A Convenção única de 1961 tem o objetivo principal de:

[...] combater o abuso de drogas por meio de ações internacionais coordenadas. Existem duas formas de intervenção e controle que trabalham juntas: a primeira é a limitação da posse, do uso, da troca, da distribuição, da importação, da exportação, da manufatura e da produção de drogas exclusivas para uso médico e científico; a segunda é combater o tráfico de drogas por meio da cooperação internacional para deter e desencorajar os traficantes (UNODC, sem data, sem página).

No texto original são recomendadas atitudes a serem tomadas pelos signatários, a fim de que, de fato, possa ser combatido o uso e o tráfico de drogas:

Recommends that the Parties: 1. Should bear in mind that drug addiction is often the result of an unwholesome social atmosphere in which those who are most exposed to the danger of drug abuse live; 2. Should do everything in their power to combat the spread of the illicit use of drugs; 3. Should develop leisure and other activities conducive to the sound physical and psychological health of young people.(SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS, 1961, RESOLUTION III).¹

A convenção de 1971, como reação ao surgimento constante de novas drogas,

Estabelece um sistema de controle internacional para substâncias psicotrópicas, e é uma reação à expansão e diversificação do espectro do

¹Tradução livre da autora: “Recomenda-se que as partes: 1. Tenham em mente que o vício às drogas é geralmente resultado de uma atmosfera social nociva na qual aqueles que são mais expostos ao perigo do abuso das drogas vivem. 2. Devem fazer tudo o que estiver em seu poder para combater o alastramento do uso ilícito de drogas; 3. Devem desenvolver o lazer e outras atividades que conduzam à saúde auditiva, física e psicológica dos jovens.”

abuso de drogas. A convenção criou ainda formas de controle sobre diversas drogas sintéticas de acordo, por um lado, a seu potencial de criar dependência, e por outro lado, a poder terapêutico (UNODC, sem data, sem página).

De acordo com essa convenção, se algum Estado-Membro tomasse conhecimento do surgimento de uma nova droga, deveria, desde logo, notificar ao Secretário-Geral da ONU, a fim de que todos os países pudessem adequar suas legislações a respeito das novas drogas.

Para o Brasil, tal acordo demonstrou-se bastante válido, já que o conceito de droga no país se trata de norma penal em branco, sendo de grande importância que se acrescente na lei ou na portaria da ANVISA a nova droga, antes de sua propagação no meio social. Colaciona-se trecho do artigo 2º, item I, da referida convenção:

If a Party or the World Health Organization has information relating to a substance not yet under international control which in its opinion may require the addition of that substance to any of the Schedules of this Convention, it shall notify the Secretary-General and furnish him with the information in support of that notification. The foregoing procedure shall also apply when a Party or the World Health Organization has information justifying the transfer of a substance from one Schedule to another among those Schedules, or the deletion of a substance from the Schedules. (CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES, 1971, p. 2).²

Por fim, a mais atual convenção assinada pelo Brasil sobre o assunto, em 1988, trata do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas e estabelece que:

El propósito de la presente Convención es promover la cooperación entre las Partes a fin de que puedan hacer frente con mayor eficacia a los diversos aspectos del tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas que tengan una dimensión internacional. En el cumplimiento de las obligaciones que hayan contraído en virtud de la presente Convención, las Partes adoptarán las medidas necesarias, comprendidas las de orden legislativo y administrativo, de conformidad con las disposiciones fundamentales de

² Tradução livre da autora: “Se uma parte ou a Organização Mundial da Saúde tiver informações relacionadas à substância que ainda não está sob o controle internacional e que, em sua opinião, possa ensejar a adição desta a qualquer das tabelas/programações desta Convenção, deverá notificar o Secretário-Geral e fornecer-lhe informações para sustentar tal notificação. O procedimento mencionado também se aplica quando uma parte ou a Organização Mundial da Saúde tiverem informações que justifiquem a transferência de uma substância de uma Tabela para outra entre aquelas Tabelas, ou a eliminação de uma substância das Tabelas.”

sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. (CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, 1988, p. 3).³

Cediço que não se tratam, os apontamentos feitos, dos únicos acontecimentos históricos relacionados às drogas no mundo, mesmo porque o tema é bastante vasto e não pode ser esgotado em um só trabalho científico. Mesmo assim, aqui estão compilados os principais marcos para a história do uso e da criminalização do uso internacionalmente e que tangenciam a história do Brasil, a ser melhor desenvolvida no próximo tópico, quanto ao desenvolvimento de sua legislação interna.

2.2 A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE DROGAS NO BRASIL

Remonta a história que a primeira legislação que vigorou no Brasil e tratou sobre o uso de tóxicos foi a relativa às Ordenações Filipinas de 1603, que dispunham, em seu artigo 89: “que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venoso” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1).

Mais de duzentos anos depois, foi promulgado o Código Criminal do Império do Brasil (em 1930) que, apesar de não tratar da matéria, teve, posteriormente, um Regulamento de 29 de setembro de 1851, que “disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1).

Seis décadas depois foi promulgado o Código Penal de 1890, que “considerou crime ‘expor à venda ou ministrar substâncias venosas sem legítima autorização e sem as formalidades previstas nos regulamentos sanitários’” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1), que, de acordo com os autores, não foi suficiente para combater a onda de uso de drogas que invadiu o país após 1914, sendo que em São Paulo formou-se até um clube de toxicômanos.

Visando coibir tal situação, em 6 de julho de 1921, baixou-se o Decreto n. 4.294, inspirado na Convenção de Haia de 1921. Acerca dessa trajetória nada estável, vale transcrever trecho do que leciona a doutrina:

³Tradução livre da autora: “O propósito da presente Convenção é promover a cooperação entre as Partes a fim de que possam fazer frente com maior eficácia aos diversos aspectos do tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas que tenham uma dimensão internacional. Para o cumprimento das obrigações que tenham contraído em virtude da presente Convenção, as Partes adotarão as medidas necessárias, compreendidas, dentre elas, as de ordem legislativa e administrativa, em conformidade com as disposições fundamentais de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos”.

Tentando coibir tal estado de coisas, foi baixado o Decreto n. 4.294, de 6 de julho de 1921, inspirado na Convenção de Haia de 1921, tendo sido modificado pelo Decreto n. 15.683, seguindo-se regulamento aprovado pelo Decreto n. 14.969, de 3 de setembro de 1921. Por falta de condições de efetivação da legislação, também ainda incipiente, os resultados da repressão foram precários, tendo sido, em janeiro de 1932, editado o Decreto n. 20.930, modificado pelo Decreto n. 2.953, de agosto de 1938. Em seguida, foi criada a Comissão Nacional de Fiscalização de Entorpecentes, pelo Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, alterado pelo Decreto-Lei n. 891, de 25 de novembro de 1938, ainda fonte básica de nossa legislação sobre a matéria. Na parte penal, o Decreto-Lei n. 891 modificou o Decreto n. 20.930, que havia integrado a Consolidação das Leis Penais, a qual, em seu art. 159 punia ações semelhantes às do art. 281 do Código Penal de 1940. O texto do Decreto-Lei n. 891 inspirou-se na Convenção de Genebra de 1936 e traz a relação das substâncias consideradas entorpecentes, normas restritivas de sua produção, tráfico e consumo, bem como trata da internação e interdição civil dos toxicômanos (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 1-2).

Em seguida, adveio o Código Penal de 1940 e, dois anos depois, o Decreto-Lei n. 3.114, de 13 de março de 1941, que tratou das normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para extração, transformação e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos. Dando sequência aos fatos históricos, Greco Filho e Rassi (2007, p. 2), afirmam que:

Em 4 de novembro de 1964, a Lei n. 4.451 introduziu modificação no art. 281 do Código Penal, acrescentando ao tipo a ação de *plantar*. Por ter entrado em vigor a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, [...] a qual trouxe lista bem mais completa do que a do Decreto-Lei n. 891, por Portaria de 8 de maio de 1967, o Serviço Nacional de Fiscalização da Medicina e Farmácia – SNFMF adotou as listas de entorpecentes da referida convenção [...] foi editado, em 10 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei n. 159, que equiparou as substâncias capazes de determinar a dependência física ou psíquica dos entorpecentes para os fins penais e de fiscalização e controle [...] Em 1968, o Decreto-Lei n. 385, de 26 de dezembro desse mesmo ano, alterou a redação do art. 281 do Código Penal, [...] e, em 11 de agosto de 1969, o Decreto-Lei n. 753 complementou as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3).

Antes da atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/2006), foram ainda promulgadas as Leis n. 5.726/71, n. 6.368/76, n. 10.409/2002 e a Constituição Federal de 1988.

A Lei n. 5.726/71 dispôs sobre

[...] medidas preventivas e repressivas ao tráfico e uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, deu nova redação ao art. 281 do Código Penal e alterou o rito processual para o julgamento dos delitos previstos nesse artigo, representando a iniciativa mais completa e válida na repressão aos tóxicos no âmbito mundial (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 3).

A Lei n. 6.368/76 substituiu a lei anteriormente citada, a não ser pelo art. 22, que tratava do procedimento sumário de expulsão de estrangeiro que cometesse crime de tráfico de entorpecente.

A Constituição Federal, por sua vez, “referiu-se ao crime de tráfico de entorpecentes como crime inafiançável (art. 5º, XLIII), insuscetível de graça ou anistia” (GRECO FILHO; RASSI, 2007, p. 6).

A Lei n. 10.409/2002, em seu projeto original, foi considerada incipiente, tanto que sofreu várias alterações, como o veto ao capítulo III, que trazia os crimes e as penas, entre outros. Mesmo assim, sustentam Greco Filho e Rassi (2007, p. 6) que “ficaria afastada [...] qualquer interpretação leviana e irresponsável no sentido de que teria havido a descriminalização geral”.

Em seguida, foi promulgada a Lei de Drogas n. 11.343/2006, que está vigente até hoje no país. Como visto, a lei veio em momento oportuno, de sorte que a situação legislativa do Brasil, naquela época, estava bastante conturbada em relação à lei aplicável, e à existência ou não de tipificação formal dos crimes relacionados ao consumo e ao tráfico de drogas ilícitas.

A Lei n. 11.343/2006 é originária do Projeto de Lei n. 115 de 2002 do Senado Federal que, quando encaminhado ao Presidente da República, teve vetados dez artigos – nove em razão de inconstitucionalidade (art. 6º e 8º ao 15) e um por contrariar o interesse público (art. 71).

Sancionada a Lei, foi então instituído o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, disciplinado pelos arts. 3º a 17, com exceção dos dispositivos vetados. O SISNAD tem grande importância para a prevenção ao aumento do consumo de drogas que causam dependência, não só por questões de saúde pública, mas também com vistas a coibir o tráfico de drogas. A instituição do SISNAD, bem como as demais medidas previstas na Lei de Drogas nº

11.343/2006, do art. 18 ao 26, por certo, é uma forma de efetivar os termos das três Convenções Internacionais de que o Brasil é signatário e que tratam sobre o assunto.

Na atualidade, a conduta de portar drogas para consumo pessoal é tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 que prevê:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Constata-se que tal disposição legal apresenta uma elementar bastante específica, que tem o condão de diferenciar a ação daquele que é dado ao consumo de drogas da conduta daquele que é traficante, sujeito do crime de tráfico ilícito de drogas, previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. No caso do art. 28, o sujeito adquire, guarda, tem em depósito, transporta ou traz consigo drogas para “consumo pessoal”, estando sujeito a várias modalidades de penas que, todavia, jamais ocasionam sua privação de liberdade.

E é justamente neste aspecto que se insere o pomo da discórdia, relativo à constitucionalidade do dispositivo legal, quando confrontado com a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, garantida expressamente no texto constitucional.

3 A DISCUSSÃO DA CONSTITUCIONALIDADE

Em face da criminalização do porte uso de drogas para consumo pessoal, tramita no Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2014, em caráter de repercussão geral, um Recurso Extraordinário de São Paulo, de número 635.659, que trata da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas.

No referido recurso, o art. 28 da Lei de Drogas é impugnado em razão da previsão realizada no art. 5º, X, da Constituição Federal, que tem o seguinte teor: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Referido Recurso Extraordinário trata da impossibilidade de se punir o agente por algo que faz em sua intimidade, em sua vida privada. Nas palavras do relator do recurso em seu voto, Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 3):

No caso em análise, o art. 28 é impugnado sob o enfoque de sua incompatibilidade com as garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Não se funda o recurso na natureza em si das medidas previstas no referido artigo, mas, essencialmente, na vedação constitucional à criminalização de condutas que diriam respeito, tão somente, à esfera pessoal do agente inculminado.

O Ministério Público, em parecer exarado, afirma que o bem jurídico tutelado pelo dito dispositivo legal é a saúde pública, já que o uso de drogas por parte de uma pessoa acaba por propagar um vício generalizado, motivo pelo qual a garantia constitucional à inviolabilidade da vida privada não restaria ferida pela norma em discussão.

De posse das duas visões divergentes acerca do assunto, o Ministro Gilmar Mendes (2015, p. 40) emitiu, como relator, um voto favorável à pretensão do recorrente, em que asseverou:

Assim, tenho que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal é inconstitucional, por atingir, em grau máximo e desnecessariamente, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, em suas várias manifestações, de forma, portanto, claramente desproporcional.

Desde então, a matéria continua sendo discutida no STF e, embora ainda não tenha sido proferida decisão colegiada em plenário, já se tem a manifestação, proferida no HC 143.798/SP pelo Relator Ministro Luis Roberto Barroso, que determina a suspensão da tramitação de ações penais que tratem do referido dispositivo legal até que seja solucionada a discussão pelo plenário da Suprema Corte.

3.1 BASES DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DITADOS PELA CORTE ALEMÃ (CASO *MITBESTIMMUNGSGESETZ*)

É sabido que o direito penal estabelecido por meio de leis nacionais é o instrumento mais rigoroso que se utiliza o Estado para disciplinar a conduta dos indivíduos e, por este motivo, deve sofrer um controle de constitucionalidade ainda mais severo.

Para se analisar, então, a proporcionalidade de tal norma penal infraconstitucional à proteção do direito coletivo à saúde em detrimento da autodeterminação do indivíduo, é imprescindível lançar mão das lições da doutrina alemã acerca dos limites e parâmetros trazidos pela Constituição Federal Brasileira ao controle de constitucionalidade. São eles: controle de evidência, de justificabilidade e controle material de intensidade.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto redigido no RE 635.659/SP, analisou a constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas com base em três níveis de controle de intervenção ou restrição a direitos fundamentais apresentados pela Suprema Corte alemã em 1978.

O controle de evidência é o primeiro nível de controle realizado pelo Tribunal em posse da problemática a ser solucionada:

No primeiro nível, o controle realizado pelo Tribunal deve reconhecer ao legislador uma ampla margem de avaliação, valoração e conformação quanto às medidas que reputar adequadas e necessárias. A norma somente poderá ser declarada inconstitucional quando as medidas adotadas pelo legislador se mostrarem claramente inidôneas para a efetiva proteção do bem jurídico fundamental (MENDES, 2015, p.7).

Nesse sentido, tem-se que para invalidar uma norma à luz da Constituição, deve-se ter comprovada a inidoneidade do legislador ao avaliar, valorar e conformar a margem de proteção aos preceitos constitucionais. Caso isso não seja percebido, a lei passará ilesa pelo primeiro nível de controle.

No caso do artigo 28 da Lei de Drogas, analisa-se a sua inserção na Lei n.11.343/2006, a fim de se valorar a idoneidade do legislador ao promover a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal (análise do poder discricionário). E, nesse aspecto, cumpre ressaltar que referido dispositivo legal está inserido no Título III do citado diploma legal, que se refere às atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas.

As condutas descritas no art. 28 foram também definidas como crime no art. 33, que, por sua vez, encontra-se no Título IV do texto legal, que trata da *produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas*.

Assim, o que dirá se a conduta se encaixará como porte de drogas (art. 28) ou como tráfico de drogas (art. 33), então, é o fato de que no art. 28, *caput*, trata-se de porte para consumo pessoal, ao passo que no art. 33 trata-se de porte para venda, doação, e todos os outros verbos previstos neste dispositivo legal.

Neste aspecto, o Ministro Gilmar Mendes entende que o legislador, ao plasmar o art. 28 da Lei de Drogas, não passou ileso pelo crivo do controle de evidência de constitucionalidade. Em linhas gerais, não há qualquer critério objetivo na diferenciação entre as condutas de tráfico de drogas (art. 33) e de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28), pelo que, na maioria dos casos, todos os infratores acabam classificados simplesmente como traficantes, sofrendo, assim, graves sanções,

o que tornaria injusta a imputação prevista para o porte de drogas para consumo pessoal, o que, por si só, já levaria à inconstitucionalidade do artigo 28 da lei.

Já no segundo nível, o controle de justificabilidade ou sustentabilidade busca verificar se o legislador, quando da criação de determinada lei, orientou-se com base em pesquisas de números a ensejarem a criação daquela disposição legal. Caso o legislador não lance mão de tudo aquilo que a ciência lhe proporcionava saber à época do feitiço da dada lei, esta será considerada inconstitucional. É o que leciona Mendes (2012, p. 675):

O segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável.”

Em outras palavras, neste nível de controle analisa-se a proporcionalidade da norma em relação à realidade social. Verificam-se, nesta fase, as técnicas procedimentais utilizadas pelo legislador, bem como as que serão tomadas no controle pelo Judiciário. Sopesando as duas, ver-se-á qual merece a manutenção de seus efeitos.

Daí porque o Tribunal fará uso da figura do *amicus curiae* e de audiências públicas com profissionais das mais diversas áreas de atuação relacionadas ao tema abordado e, mesmo com tal procedimento, caso ainda haja incerteza, caberá ao Tribunal considerar as técnicas utilizadas pelo legislador como suficientes, fazendo-as prevalecer.

Em um caso semelhante ao abordado nessa pesquisa, apreciado pela Corte Alemã, a conclusão foi de que a tipificação do porte de drogas para consumo pessoal merecia manutenção.

No caso, a Corte Alemã entendeu que a pesquisa realizada acerca do tema não estaria ainda concluída. Segundo Gilmar Mendes (2012, p. 676), “a Corte Constitucional, após analisar uma grande quantidade de dados sobre o tema, reconhece que ainda não estaria concluída, à época, a discussão político-criminal sobre se a redução do consumo de *cannabis* poderia ser mais bem alcançada por meio da penalização ou da liberação da conduta”.

Por fim, passando pelo crivo do terceiro e último nível, haveria o controle material intensivo, pelo qual será verificada a necessidade de norma tão grave para tutelar determinado bem jurídico. Nessa fase, o legislador adentra, de fato, ao exame da ponderação de bens e valores a serem efetivamente tutelados.

Nesta instância, devem ser analisados os preceitos fundamentais em conflito, verificando-se a obrigatoriedade da medida legislativa para a proteção de outros bens jurídicos igualmente relevantes. Esse aspecto nada mais é do que o controle de constitucionalidade material em si, em que se analisará o conteúdo da norma propriamente dito. A propósito:

Do ponto de vista material, o que vai importar para definirmos se uma norma tem caráter constitucional ou não será o seu conteúdo, pouco importando a forma pela qual foi essa norma introduzida no ordenamento jurídico. Constitucional será, então, aquela norma que defina e trate das regras estruturais da sociedade, de seus alicerces fundamentais (formas de Estado, governo, seus órgãos etc.). Trata-se do que Schmitt chamou de Constituição (LENZA, 2014, p. 86).

Portanto, pelo controle material da constitucionalidade⁴, analisa-se o conteúdo da norma, bem como sua validade no que tange à observância aos preceitos fundamentais em seu texto.

3.2 ASPECTO MATERIAL DA CONSTITUCIONALIDADE

No RE 635.659/SP a discussão gravita em torno do confronto entre os seguintes direitos fundamentais: de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada.

Inicialmente, cumpre ressaltar que a Carta Magna de 1988 contém diversas normas que impõem ao legislador infraconstitucional a criminalização de certas condutas, a fim de proporcionar a garantia aos direitos fundamentais que ela mesma prevê⁵ e não está, entre as condutas criminalizadas já pela Constituição Federal, o porte de drogas para consumo pessoal.

⁴ O estudo do controle formal de constitucionalidade não interessa à presente produção científica, por inexistirem quaisquer discussões a esse respeito no que tange ao artigo 28 da Lei de Drogas (o RE 635.659/SP se limita aos aspectos materiais da norma). Salienta-se que o controle formal trata da lei que foi elaborada em conformidade (ou desconformidade) com a Carta Magna no que atine à **observância das formas estatuídas** à competência constitucionalmente deferida (iniciativa das leis) e ao seu trâmite até a sanção.

⁵ Conforme os seguintes incisos de seu artigo 5º: “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.”

Para os casos em que a Carta Magna não impõe a criminalização, aplica-se então o princípio da reserva legal, que não é, contudo, absoluto. Colaciona-se a lição doutrinária:

De acordo com o princípio da reserva legal, [...] em matéria penal, pelo fato de lidarmos com o direito de liberdade dos cidadãos, pode-se fazer tudo aquilo que não esteja expressamente proibido em lei, uma vez que, segundo o inciso XXXIX do art. 5º da Constituição Federal e o art. 1º do Código Penal, *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal* (GRECO, 2015, p. 65).

Com efeito, há limitações para o princípio da reserva legal. Não é absoluto o direito de o legislador versar, em lei, sobre tudo aquilo que desejar. Os direitos humanos e fundamentais devem ser sopesados por ele quando da criação de determinada legislação.

Os direitos humanos são aqueles inerentes à toda pessoa, sem os quais esta não pode viver dignamente. Leciona André de Carvalho Ramos (2014, p. 24) que esses direitos “[...] consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os direitos humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”.

No caso da discussão da constitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/2006, há contraposições acerca da proteção a diferentes direitos fundamentais. De um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança; de outra parte, o direito à intimidade e à vida privada.

Em primeiro lugar, então, cabe definir se tais direitos são normas ou princípios, para que, então, eleja-se uma técnica de solução do confronto entre eles. A respeito da importância de tal dicotomia, ensinam Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 539) o que se segue:

A classificação das normas constitucionais mais discutida pela doutrina contemporânea é aquela que as distingue em princípios e regras constitucionais. A grande ênfase da doutrina no debate desta classificação pode ser associada a um importante movimento na teoria e na prática do Direito, ocorrido no Brasil e alhures - aqui sobretudo após o advento da Constituição de 88 -, no sentido da valorização dos princípios, aos quais hoje se reconhece, de forma praticamente incontroversa, o caráter plenamente normativo. Este movimento não ocorreu apenas no âmbito do Direito Constitucional. Em praticamente todas as disciplinas jurídicas, ele também vem se manifestando, com maior ou menor intensidade. Contudo, no campo constitucional, trata-se de movimento especialmen-

te marcante, até pelas singularidades das normas constitucionais, acima analisadas.

De um lado, afirmam os defensores da inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para o consumo pessoal que o artigo 28 da Lei n. 11.343/2006 viola o art. 5º, X, da Constituição Federal, no qual se prevê que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Nesse aspecto, a doutrina não é muito clara ao defini-los como regras ou princípios. De toda maneira, é certo que tais direitos são normas que decorrem de princípios, como do da dignidade da pessoa humana. A propósito:

O direito à intimidade se apresenta como direito à liberdade, marcado por um conteúdo mais determinado ou determinável, conjugado a um complexo de princípios constitucionais, que nada mais são do que suas manifestações concretas. Os conceitos tradicionais de “direito a estar só” ou equivalentes não dizem de seu sentido exato, sequer alcançam muitas de suas exteriorizações. O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção do direito à intimidade, como o faz em relação ao direito geral à vida privada, a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais, *v.g.*, a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI); do sigilo dos dados, da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII); a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI) e o *habeas data* (art. 5º, LXXII). São todos um conjunto ora de situações ou posições jurídicas (inviolabilidade da casa e das comunicações), ora de “instrumentos de garantia do direito” (*habeas data*), que integram o “conteúdo” do direito à intimidade de forma não exaustiva (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 646).

Noutro vértice, afirmam os defensores da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas que este não fere o disposto no art. 5º, X, da Carta Magna, pois salvaguarda os direitos à saúde e à segurança públicas⁶, previstos no artigo 6º, *caput*, da Constituição da República, como direitos sociais, *in verbis*: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Quanto à natureza jurídica dos direitos sociais, é cediço que se trata de normas:

⁶ A segurança pública também está prevista no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal.

Outrossim, também aos direitos sociais se aplica o disposto no art. 5º, §1º, da CF, de tal sorte que, a exemplo das demais normas de direitos fundamentais, as **normas consagradoras** de direitos sociais possuem aplicabilidade direta e eficácia imediata, ainda que o alcance desta eficácia deva ser avaliado sempre no contexto de cada direito social e à luz de outros direitos e princípios. Assim, ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivado no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade, obrigação cometida a todos os órgãos estatais, no âmbito de suas respectivas competências. (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.320 -1.321).⁷

Ora, os dois dispositivos em confronto são considerados cláusulas pétreas e foram editados pelo constituinte originário. Além disso, possuem natureza jurídica de norma, muito mais do que de princípios, ainda que estes influenciem na interpretação dos direitos em confronto.

Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (2012, p. 718) lecionam que a posição doutrinária majoritária é no sentido de que é possível a existência de conflito entre normas; mesmo porque a Constituição Federal de 1988 apresenta inúmeras características que favorecem a ocorrência de conflito entre suas normas fundamentais: é extensa, tem natureza compromissória, entre outras.

Assim, tratando-se de normas constitucionais, deve ser utilizada a tríade clássica para solução de antinomias constitucionais, que se divide entre critério hierárquico (*lex superior*), cronológico (*lex posterior*) e da especialidade (*lex specialis*).

No âmbito constitucional, não há espaço para a aplicação do critério hierárquico, a não ser no embate entre emendas constitucionais e normas constitucionais com caráter de cláusula pétrea. Acrescentam, ainda nesse sentido, Sarmento e Souza Neto (2012, p. 727) que, “não é possível no nosso sistema constitucional, invalidar normas constitucionais originárias, nem tampouco resolver algum eventual antagonismo entre elas, expurgando do ordenamento aquela que seja, por qualquer razão, considerada de inferior hierarquia.”

Existe, contudo, mais uma exceção, que é a possibilidade de utilização do critério hierárquico sob outra perspectiva, que envolve uma escala rígida de preferência entre normas de mesma natureza, deixando-se de aplicar uma delas no

⁷Grifo da autora.

caso concreto. Ou seja, a norma inutilizada não seria invalidada, mas tão somente não seria aplicada.

No Brasil, contudo, não há espaço para a aplicação do critério da *lex superior* como prioridade léxica entre normas (John Rawls). Isso não significa, entretanto, que não seja possível considerar-se a maior ou menor relevância dos bens jurídicos em confronto sob o prisma constitucional.

Ademais, tendo as normas em conflito, princípios constitucionais nelas incutidos, vale descrever de forma sucinta a técnica da ponderação de Alexy trazida por Sarmiento e Souza Neto (2012, p. 730-733), que também serve para a solução da colisão:

[...] convém lembrar o papel desempenhado pelos chamados “*standards* de ponderação”, que são parâmetros predefinidos para a ponderação de alguns conjuntos de princípios, de forma a se criar uma expectativa razoável quanto à solução de colisões futuras do mesmo tipo. Alexy os caracteriza como relações de “precedência condicionada”. Tais padrões resultam, de modo geral, da reconstrução da experiência jurídica.

Em frente, tem-se o critério cronológico. Este não é utilizado para resolver conflitos entre normas constitucionais originárias, pois estas foram editadas no mesmo momento jurídico. Servem, contudo, para dirimir colisões entre normas constitucionais originárias e derivadas produzidas pelo poder reformador ou entre emendas constitucionais produzidas em momentos diferentes.

O critério da especialidade, por fim, é o mais aplicado no âmbito do direito constitucional, mas não aplicável à presente hipótese. Ele faz prevalecer, no caso concreto, a norma mais específica em detrimento da mais geral. Adentram ainda mais no assunto os constitucionalistas:

Recorde-se que as antinomias normativas podem ser do tipo “total-total”, “parcial-parcial” e “total-parcial”. No primeiro caso, o campo de incidência das normas é coincidente, e elas dispõem em sentido divergente, de modo que qualquer aplicação de uma delas viola necessariamente a outra. Aqui, obviamente, nenhuma norma é especial em relação à outra. No segundo caso, os campos de incidência têm uma interseção parcial: há uma zona de conflito, mas há hipóteses em que cada uma das normas pode ser aplicada sem contradizer a outra. Nesta hipótese, ambas as normas são especiais numa dimensão, porém gerais em outra. Também aqui não se aplica o critério de especialidade. Só as normas de relação geral - especial, que enseje o emprego do critério da especialidade (SARMIENTO; SOUZA NETO, 2012, p. 736).

Transpõem-se, neste momento, as lições doutrinárias para solução do conflito estudado na presente pesquisa e, nesse sentido, depreende-se que o único critério da tríade clássica para a resolução de antinomias constitucionais a ser aplicado neste caso concreto é o hierárquico, em que se considera a maior ou menor relevância dos bens jurídicos em confronto sob o prisma constitucional e que, por sua vez, não difere muito da ponderação de princípios de Alexy.

Os direitos à intimidade e à vida privada previstos no art. 5º, X, da Constituição da República, ainda que muitas vezes confundidos quanto ao seu significado, sofrem diferenciação pela melhor doutrina.

O direito à intimidade está mais ligado àquilo que a pessoa pode deixar de veicular publicamente em relação à sua intimidade, ou seja, ao direito que se tem de manter a intimidade só para si; ao passo que o direito à vida privada desafia uma compreensão mais ampla, relacionada à própria ideia de autonomia privada e do livre desenvolvimento da personalidade.

Ocorre, contudo, que os direitos à intimidade e à vida privada sofrem limitações. Como são espécies do direito privado, devem continência a direitos que contenham caráter coletivo, de acordo com a circunstância de cada caso.

Não é outro o entendimento doutrinário: “o direito à intimidade pode, em vista das circunstâncias do caso, ceder a um outro direito ou liberdade ou mesmo em face da saúde ou segurança públicas, da punibilidade ou de outro bem coletivo.” (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 646). A propósito:

Muito embora haja autores, no Brasil, que negam aos direitos sociais (no todo ou em parte) a condição de autênticos direitos fundamentais, tais concepções, pelo menos de acordo com o pensamento majoritário, estão divorciadas do direito constitucional positivo, pois basicamente fundadas em critérios de materialidade fundamental, muitas vezes atrelados a determinadas concepções filosóficas e políticas, ou mesmo vinculados a teorias da justiça de cunho liberal, sem a necessária sintonia com o sistema constitucional vigente, especialmente sem levar em conta a expressa inclusão dos direitos sociais (incluindo os direitos dos trabalhadores) no texto constitucional como uma das espécies dos direitos e garantias fundamentais do Título II, isto sem falar no já referido compromisso do constituinte com a justiça social (CANOTILHO; MENDES; SARLET; STRECK, 2013, p. 1.319).

Nesse aspecto, os direitos sociais têm seu marco inicial na Declaração Universal de 1948, em que se introduziu a concepção de direitos humanos, com a criação do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. É o que se depreende da lição de Flávia Piovesan (2012, p. 126):

Preliminarmente, faz-se necessário ressaltar que a Declaração Universal de 1948, ao introduzir a concepção contemporânea de direitos humanos, foi o marco de criação do chamado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”, como sistema jurídico normativo de alcance internacional, com o objetivo de proteger os direitos humanos. Após a sua adoção, em 1948, instaurou-se uma larga discussão sobre qual maneira seria a mais eficaz para assegurar a observância universal dos direitos nela previstos. Prevaleceu o entendimento de que a Declaração deveria ser “juridicizada” sob a forma de tratado internacional, que fosse juridicamente obrigatório e vinculante no âmbito do Direito Internacional. Esse processo de “juridicização” da Declaração começou em 1949 e foi concluído apenas em 1966, com a elaboração de dois distintos tratados internacionais no âmbito das Nações Unidas - o Pacto Internacional dos Direitos Civil e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais -, que passavam a incorporar, com maior precisão e detalhamento, os direitos constantes da Declaração Universal, sob a forma de preceitos juridicamente obrigatórios e vinculantes. A elaboração de dois Pactos, por si só, revela as ambivalências e as resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que até 2011 contemplava a adesão de 160 Estados-partes, enuncia um extenso catálogo de direitos, que inclui o direito ao trabalho e à justa remuneração, o direito de formar e filiar-se a sindicatos, o direito a um nível de vida adequado, o direito à moradia, o direito à educação, à previdência social, à saúde etc.

O direito à saúde, especificamente, além de estar previsto como um direito social, também é estabelecido como responsabilidade de todos os níveis de governo, como se vê do artigo 23, II, da Carta Magna, que tem o seguinte teor: “Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios: [...] II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”.

Com efeito, é tido, ainda, como direito de todos e dever do Estado, sendo este o responsável por sua aplicação com a observância das diretrizes constitucionais, o que se depreende de trechos dos artigos 196 a 198 da Constituição da República.

A segurança pública, de igual maneira, além de ser um direito social, também é prevista como um dever e um direito de todos, como expressa o artigo 144 da Constituição Federal: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio [...]”.

Não é outro o entendimento jurisprudencial firmado pelo Supremo Tribunal Federal:

O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo.⁸

Em outras palavras, os direitos à saúde e à segurança pública são coletivos e, buscando-se a vontade do Poder Constituinte, devem ser garantidos pelo Estado – *lato sensu* – por meio de políticas públicas eficazes e por todos, a fim de que gozem, de fato, de tais direitos. Daí porque a ponderação entre os direitos à intimidade e à vida privada e à saúde e à segurança pública deve levar em consideração as bases acima estabelecidas.

CONCLUSÃO

Embora se reconheça que não é recente a preocupação com a criminalização do porte de drogas para consumo pessoal na legislação brasileira, a evolução da forma de penalizar o crime previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 traduz a preocupação do legislador em dar um tratamento diferenciado ao consumo de substâncias entorpecentes.

Com efeito, ainda que a tutela penal deva ser reservada aos bens jurídicos mais caros, a previsão de penas não privativas de liberdade para o consumidor de drogas deixa entrever que o Estado age com cautela na intervenção da intimidade e na vida privada de seus cidadãos. Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal já se debruça sobre a análise da constitucionalidade de tal norma incriminadora, deixando entrever a existência de um conflito entre direitos individuais e coletivos.

Contudo, pelo que restou demonstrado, a necessária harmonização que deve existir entre os direitos fundamentais, expressamente previstos na Constituição Federal, exige do Estado a implementação de políticas públicas que primem pela incolumidade pública e, portanto, pelos interesses da coletividade, ainda que às custas da relativização de direitos individuais.

⁸ RE 559.646 AgR, Relatora Ministra **Ellen Gracie**, j. 7-6-2011, 2ª T, DJE de 24-6-2011.

É neste aspecto, então, que entra em cena a intervenção de natureza penal. Num primeiro momento, o legislador prevê que a posse, o porte ou o depósito de drogas tenha finalidade específica, ou seja, sirva para o consumo pessoal. Num segundo instante, numa demonstração de proporcionalidade, prevê penas não privativas de liberdade para os que se dedicam ao consumo de drogas, sem o escopo da traficância.

Nessa escalada, para a dita harmonização entre direitos individuais e coletivos, o direito fundamental da inviolabilidade da intimidade e da vida privada relativiza-se em prol da saúde e incolumidade públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 dez 2017.

BRASIL. *Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 21 dez 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CONVENTION ON PSYCHOTROPIC SUBSTANCES, 1971. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 21 dez 2017.

CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA EL TRÁFICO ILÍCITO DE ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS SICOTRÓPICAS, 1988. Disponível em: <http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>. Acesso em: 21 dez 2017.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice; CUNHA, Rogério Sanches; OLIVEIRA, William Terra de. *Nova lei de drogas comentada, lei 11.343, de 23.08.2006, artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal, parte geral, volume 1*. 17ª ed. Niterói: Editora Impetus, 2015.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. *Lei de drogas anotada, lei n. 11.343/2006*. São Paulo: Saraiva, 2007.

LOPES, Marco Antônio. Drogas: 5 mil anos de viagem. *Revista Super Interessante*, São Paulo, 223. fev, 2006. Disponível em: <http://super.abril.com.br/superarquivo/223>. Acesso em: 21 dez 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. RE 63659/SP. *Voto do Ministro Relator Gilmar Mendes proferido em 20/08/2015*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE635659.pdf>>. Acesso em: 18 jan 2017.

NUNES, Laura M.; JÓLLUSKIN, Gloria. *O uso de drogas: breve análise histórica e social*. Sem data. Disponível em: <http://bdigital.ufp.pt/bitstream/10284/449/1/230-237F-CHS04-15.pdf>. Acesso em: 8 ago 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SINGLE CONVENTION ON NARCOTIC DRUGS, 1961. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 19 ago 2016.

UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime). *Drogas: marco legal*. Disponível em: <<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/drogas/marco-legal.html>>. Acesso em: 19 ago 2016.

**A PESSOA COM DEFICIÊNCIA E O EXERCÍCIO DA
PARENTALIDADE: O DIREITO À REPRODUÇÃO E AO
PLANEJAMENTO FAMILIAR SOB A ÓTICA
DA DIVERSIDADE FUNCIONAL**

***THE PERSON WITH DISABILITY AND THE EXERCISE OF THE
PARENTALITY: THE RIGHT TO REPRODUCTION AND THE
FAMILY PLANNING UNDER THE LIGHT
OF THE FUNCTIONAL DIVERSITY***

Carolina Valença Ferraz

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).
Professora da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP) e do Centro Universitário de João
Pessoa (UNIPÊ). Advogada. Coordenadora do Grupo Frida de Gênero e Diversidade.

Manuel Camelo Ferreira da Silva Netto

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Advogado.
Membro do Grupo Frida de Gênero e Diversidade. Associado do Instituto Brasileiro
de Direito de Família (IBDFAM).

Submetido em: 25/10/2017

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5158>

Resumo: No que tange a efetivação de direitos fundamentais, em sua grande parte, parece haver ainda uma grande dificuldade no tocante à concretização desse processo para as pessoas integrantes de grupos vulneráveis, especialmente pela dificuldade do trato com a diferença. No tocante às pessoas com deficiência, a consumação de tais direitos, na maioria das vezes, vê-se prejudicada pela falta de aptidão da sociedade para o acolhimento desses indivíduos, não só por questões de acessibilidade física, mas também comportamental. Por esse motivo, o presente trabalho pretendeu, por meio do método analítico-dedutivo, através da pesquisa doutrinária e legislativa, analisar o direito fundamental da pessoa com deficiência ao exercício da parentalidade, tendo como base a garantia da autonomia da vontade e do livre exercício da sexualidade dessas pessoas. Para tanto, foi necessário um estudo dos ditames legislativos nacionais e internacionais em matéria de diver-

cidade funcional, em especial a virada conceitual trazida pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), com a adoção do modelo social de deficiência, e as diretrizes contidas na Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13.146/15). Além disso, através de um estudo acerca da aplicação do princípio da dignidade humana, previsto na Constituição Federal de 1988, tanto no âmbito da autonomia privada, quanto da garantia de um mínimo existencial por parte do Estado, demonstrou-se a importância do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos fundamentais necessários à garantia de uma vida digna; não havendo, assim, justificativa plausível para retirar, vedar ou tolher a autonomia dessas pessoas. Por fim, com base nas disposições da Lei de Planejamento Familiar (Lei 9.263/96), da Convenção da ONU e do Estatuto da Pessoa com Deficiência, defendeu-se a liberdade de escolha e a autodeterminação desses indivíduos nas suas decisões quanto ao desempenho do seu projeto parental, bem como quanto à possibilidade de exercício do poder familiar. Afinal, a deficiência não deve ser enxergada como um motivo para justificar interdições de direitos, mas sim como uma subjetividade do indivíduo, a qual não o desmerece perante os demais, sendo dever do Estado e do Direito proteger suas garantias fundamentais.

Palavras-chave: Parentalidade na deficiência; Diversidade funcional; Direitos reprodutivos e sexuais.

Abstract: *Concerning to the realization of the fundamental rights, for the most part, there seems to be a great difficulty in the implementation of this process for people who are members of vulnerable groups, especially because of the difficulty of dealing with difference. Regarding to people with disabilities, the consummation of these rights is often hampered by society's lack of aptitude for the reception of these individuals, not only for reasons of physical accessibility, but also for behavioral reasons. For this reason, through the analytic-deductive method and the doctrinaire and legislative research, the present work aimed to analyze the fundamental right of the person with disability to the exercise of parenthood, based on the guarantee of the autonomy of the will and the free exercise of their sexuality. Therefore, a study of the national and international legislation on functional diversity was necessary, especially the conceptual shift brought by the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2007), with the adoption of the social model of disability, and the guidelines contained in the Brazilian Inclusion Law (Law 13,146 / 15). Besides that, through a study of the application of the principle of human dignity, foreseen in the 1988 Federal Constitution, both in the area of private autonomy and the guarantee of an existential minimum by the State, it was demonstrated the importance of the recognition of the sexual and reproductive rights as fundamental rights necessary to guarantee a dignified life, not having any plausible justification for withdrawing, prohibiting or impeding the autonomy of such persons. Finally, based on the provisions of the Family Planning Law (Law 9.263 / 96), the UN Convention and the Statute of the Person with Disabilities it was defended the freedom of choice and self-determination of these individuals in their decisions regarding the performance of their parental project, as well as the possibility of exercising the family power. After all, disability should not be seen as a reason to justify prohibitions of rights, but rather as a subjectivity of the individual, which does not detract from the others, and it is the duty of the State and the Law to protect their fundamental guarantees.*

Keywords: Parenting in disability; Functional diversity; Reproductive and sexual rights.

SUMÁRIO. 1. Introdução. 2. Proteção dos direitos das pessoas com deficiência na esfera nacional e internacional. 3. Direitos sexuais e reprodutivos e o reconhecimento de sua aplicação às pessoas com deficiência. 4. Parentalidade na deficiência: o planejamento familiar e a autoridade parental na perspectiva da autonomia interdependente. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Há, ainda, na sociedade contemporânea, uma tendência à restrição e à falta de efetivação dos direitos de indivíduos pertencentes a grupos vulneráveis, sobretudo em função de determinadas características as quais lhes são peculiares. Dentre tais indivíduos, tem-se o grupo das pessoas com deficiência.

Quando se fala em deficiência, por sua vez, normalmente costuma-se pensar nesta como um fator limitador do indivíduo, consistindo em uma característica sua a qual o torna limitado e imperfeito se comparado às demais pessoas. Essa perspectiva, entretanto, é dotada de uma perversão ímpar, uma vez que termina por inferiorizar tal segmento populacional, ao passo de, por vezes, ser ignorada a sua condição humana.

É importante ter-se em mente, em primeiro lugar, no entanto, que a deficiência, na realidade, consiste apenas em uma característica peculiar da condição humana, a qual, por si só, não é suficiente para descaracterizar tais indivíduos como sujeitos de direito e como pessoas, com suas próprias aspirações, desejos e anseios. Devemos, assim, considerar a deficiência, a partir da ótica de um modelo social, trazido pela Convenção da ONU, como sendo fruto da interação entre a pessoa e o meio social no qual está inserida, de forma a obstar ou impedir a efetivação plena de sua participação na sociedade em igualdade de oportunidades com os demais. A partir de tal ótica, percebe-se que há uma desconstrução da ideia de deficiência como sendo uma limitação do indivíduo, oriunda de um modelo conceitual já superado, denominado modelo médico de deficiência, para concebê-la como fruto das diversas barreiras impostas pela sociedade, a qual não se encontra adaptada para proporcionar a esses indivíduos um exercício pleno dos seus direitos fundamentais em igualdade com as demais pessoas.

Sendo assim, uma vez que se tende a uma subjugação da vontade dessas pessoas, sob um pretexto de proteção, devido a ideias pré-concebidas de uma autossuficiência prejudicada, configura-se, conseqüentemente, um fenômeno de supressão de sua autonomia, tornando-os impotentes para decidir, com base nas suas individualidades e preferências, acerca de alguns aspectos básicos da sua vida cotidiana. Um desses pontos é a questão da sua sexualidade e do direito à reprodução, os quais são questões bastante básicas e corriqueiras no dia a dia de qualquer ser humano, até porque são essenciais para a construção de uma vida digna a qual, por sua vez, caracteriza preceito constitucionalmente assegurado, através do princípio da dignidade da pessoa humana.

É preciso, nesse sentido, criar-se uma consciência de que a deficiência não se sobrepõe a qualidade de humano de tais indivíduos, que, como pessoas, e tão

simplesmente por isso, têm assegurado o direito a uma vida digna. Tal dignidade, por sua vez, pode ser entendida tanto nos parâmetros da coletividade, a exemplo do direito à saúde, à educação, à construção de uma carreira profissional, quanto no âmbito de suas individualidades, referindo-se às escolhas as quais aquele indivíduo considera essenciais para a construção da sua identidade, segundo suas prioridades, preferências e vontades e, nesse sentido, cita-se o direito à parentalidade e à construção de uma família.

Tendo isso em mente, o presente trabalho buscou analisar o direito fundamental da pessoa com deficiência ao exercício da parentalidade, tendo como base a garantia da autonomia da vontade e do livre exercício da sua sexualidade, como pressupostos para assegurar a dignidade de tais indivíduos. Em razão disso, objetivou-se: a) estudar o direito à parentalidade das pessoas com deficiência à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com enfoque na efetivação de seus direitos sexuais e reprodutivos; b) compreender as disposições da Constituição Federal de 1988, da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da Lei de Planejamento Familiar e do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), com o intuito de verificar a sua pertinência e contribuição para a garantia do exercício do direito à parentalidade das pessoas com deficiência; c) analisar as implicações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) para regularizar o pleno exercício do planejamento familiar dessas pessoas; d) dar sugestões de políticas públicas as quais visem a conscientizar e assegurar os direitos reprodutivos e sexuais da diversidade funcional.

Sendo assim, a presente pesquisa utilizou de uma análise teórica acerca das questões jurídicas que envolvem o direito ao exercício da parentalidade, ao livre desempenho da sexualidade e da faculdade reprodutiva das pessoas com deficiência. Nessa toada, foi utilizado o método analítico dedutivo, através do estudo doutrinário, com o intuito de avaliar os entendimentos dos doutrinadores acerca do tema, bem como da legislação nacional e internacional que versam sobre os direitos das pessoas com deficiência, para assim construir um embasamento teórico-jurídico para a defesa do direito à parentalidade das pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, portanto, a pesquisa foi dotada de um caráter exploratório, utilizando-se de referências em meio bibliográfico e digital.

Busca-se, por conseguinte, mostrar que a deficiência por si só não deve ser fator determinante para tolher a liberdade e a autonomia de um indivíduo a ponto de negar-lhe a possibilidade de desempenho de sua sexualidade, de sua faculdade reprodutiva e de sua ânsia pelo exercício da parentalidade. Afinal, tais reflexões são de extrema relevância, quando se tem um número aproximado de

cerca de um quarto da população nacional formado por pessoas com deficiência, segundo o censo IBGE de 2010.

2 PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NA ESFERA NACIONAL E INTERNACIONAL

Quando se abordam os direitos fundamentais de grupos vulneráveis, é notório que as normas mais gerais de proteção aos direitos humanos não alcançam esses grupos, visto que, por muitas vezes, a sua condição humana é ignorada e desprezada. Isso é mais evidente, a seu turno, com relação às pessoas com deficiência. Isso, pois, essas sofrem principalmente pela concepção de invalidez que boa parte da sociedade ainda nutre a seu respeito, tornando-se, de fato, uma árdua tarefa promover a efetivação dos direitos básicos dessas pessoas, as quais acabam tendo suas garantias tolhidas e aviltadas em diversas esferas de sua vida, tanto social quanto na sua intimidade.

Em face disso, numa perspectiva de igualdade material, por meio do reconhecimento das peculiaridades desse grupo, foram desenvolvidos diplomas que versam sobre os direitos e garantias fundamentais atinentes a esses indivíduos. Esse movimento, por sua vez, teve início, a princípio, no âmbito internacional, com o intuito de solidificar os direitos humanos por meio da edição de convenções específicas que abordassem as peculiaridades de alguns grupos vulneráveis, quais sejam: as mulheres, os negros, as pessoas com deficiência e as crianças e adolescentes (FONSECA, [200?]). Tal reconhecimento deu-se com fulcro na efetivação das garantias fundamentais de tais indivíduos e, por conseguinte, na concretização da proteção propiciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) para todas as pessoas independentemente de suas especificidades e singularidades. Nesse sentido, portanto, defende Ricardo Tadeu Fonseca ([200?]) que,

[...] a atenção aos grupos vulneráveis visa dar eficácia aos direitos humanos de forma a fazê-los unos, indivisíveis e interdependentes, de vez que as liberdades individuais e os direitos sociais fazem parte de uma sistematização monolítica e reciprocamente alimentada. A dedicação aos grupos vulneráveis faz-se necessária para que aqueles direitos universais de natureza individual e social encontrem instrumentos jurídicos hábeis a torna-los eficazes.

Dessa maneira, em se tratando especificamente das pessoas com deficiência, tal reconhecimento específico de seus direitos foi possível graças à edição da Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), em

vigor no Brasil desde 2009, tendo sido ratificada na forma do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, significando, por sua vez, que foi incorporada pelo ordenamento jurídico nacional com força de emenda constitucional.

Tal diploma internacional foi responsável por intensas transformações em matéria de tutela jurídica das pessoas com deficiência. Isso, pois, nela foi adotado um novo conceito de deficiência, para além da perspectiva de enfermidade curável trazido pelo modelo anterior, chamado de modelo médico (PIOVESAN, 2012, p. 46). Dessa forma, a deficiência passou a ser conceituada segundo os ditames do modelo social, constante do art. 1º da referida Convenção, o qual a entende a partir de um critério relacional, onde a interação desses indivíduos com o meio social não adaptado geraria óbices ao seu pleno desenvolvimento em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (ONU, 2007). Assim, pode-se dizer que tal diploma normativo propiciou uma virada conceitual paradigmática, a qual pretendeu, sobretudo, emancipar os indivíduos com diversidade funcional, protegendo sua dignidade e autonomia. Nesse sentido, defendem Agustina Palacios e Javier Romanäch (2006 apud PARRA, 2007, p. 235, tradução nossa) que,

[...] o modelo social tem a virtude de ampliar o conceito de dignidade para além do indivíduo, é dizer, a relação que se estabelece no marco deste modelo com a diversidade funcional, baseia-se em uma ideia de dignidade intrínseca, enquanto considera de igual valor todos os seres humanos pelo simples fato de sê-lo, e na dignidade extrínseca, como a necessidade de que a sociedade se institua sobre a igualdade em direitos.

A partir de então, cumpriu aos Estados signatários proporcionar as mudanças necessárias a fim de atender as disposições da Convenção, adequando, sobretudo, seus ordenamentos jurídicos. No caso do Brasil, editou-se, a seu turno, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), também como forma de reforçar e concretizar a eficácia da referida Convenção, tendo por base os princípios por ela instituídos, como o da autonomia, da independência, da inclusão etc., para possibilitar uma mudança no sistema jurídico nacional de forma a adequá-lo aos ditames internacionais. Dentre tais alterações pode-se destacar, acima de tudo, a alteração do regime de capacidade civil, constante no art. 6º da referida lei, conferindo às pessoas com deficiência, sobretudo mental e intelectual, plena capacidade para a prática dos atos da vida civil, em especial os atos de cunho existencial, a exemplo de: casar, constituir união estável, exercer o planejamento familiar, exercer os direitos sexuais e reprodutivos, adotar, ser tutor etc (BRASIL, 2015).

Cumprir destacar, por fim, que todas essas disposições legais não seriam necessárias se, antes de tudo, não houvesse uma dificuldade tão grande do ser

humano em lidar com as diferenças, terminando, muitas vezes, por diminuí-las e inferiorizá-las, com base num ideal equivocado de desvio da normalidade. Sendo assim, a normatização e o reforço das disposições atinentes aos direitos desse grupo, assim como de outros grupos vulneráveis, torna-se necessária e essencial para incitar o respeito às peculiaridades desses indivíduos, dentro de um ideal de igualdade material.

3 DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS E O RECONHECIMENTO DE SUA APLICAÇÃO ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Antes de adentrar no mérito do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos para as pessoas com deficiência, cabe, primeiramente, conceituá-los. Para tanto, é importante que se entenda tais direitos como sendo ligados ao exercício livre e saudável da sexualidade humana, com fulcro no acesso à informação acerca das questões que envolvem a saúde sexual, para possibilitar um uso livre, responsável, consciente e efetivo do direito à autonomia. Sendo assim, pode-se dizer que,

[...] envolvem essencialmente a noção de sexualidade. Entretanto, não trata apenas das questões ao funcionamento do aparelho genital e do processo reprodutivo, mas abarca a ideia ligada à busca do prazer, reconhecimento da vida sexual gratificante como um direito de cada cidadão [...] não se concebendo a sexualidade como uma mera necessidade biológica (BRAUNER, 2003, p. 9).

Tendo isso em mente, por sua vez, é importante também que não se confundam as conceituações referentes aos direitos sexuais e reprodutivos. Isso, pois, mesmo que ambos tenham sido contribuições do movimento internacional de mulheres, a fim, sobretudo, de questionar os “[...] padrões socioculturais vigentes em relação à vida sexual e à reprodução humana” (BRAUNER, 2003, p. 8) e apesar de aparentemente confundirem-se em conteúdo, possuem finalidades e formulações bastante distintas, pois,

[...] a formulação do conteúdo dos direitos reprodutivos se diferencia da dos direitos sexuais. Aqueles pretendiam desconstruir a maternidade como único meio ou fim de realização da mulher casada e introduzir no debate internacional situações como o aborto e os métodos anticoncepcionais, já estes intentavam trazer em pauta a liberdade sexual e a busca do prazer, desvinculados da necessidade de reprodução, com a devida proteção legal (MOSCHETTA, 2011, p. 78).

Dessa forma, pode-se perceber que o objetivo inicial dos direitos sexuais foi a emancipação sexual feminina, através da defesa de sua liberdade sexual, ao passo que os direitos reprodutivos se voltavam a uma amplitude nas escolhas atinentes ao planejamento familiar, englobando tanto métodos de contracepção, quanto de concepção. Em razão de tais elaborações, torna-se imprescindível, também, trabalhar a temática do exercício das faculdades sexuais e reprodutivas das pessoas com deficiência, pois essas, assim como no caso das mulheres, tiveram e ainda têm suas liberdades existenciais bastante tolhidas pelo meio social.

Entendido tal contexto, cumpre primeiramente refletir acerca da qualidade de pessoa dos indivíduos com deficiência, pois, antes de qualquer outra coisa, eles são pessoas, merecedoras de respeito e reconhecimento como qualquer outra. É comum, entretanto, que esses indivíduos sejam qualificados tão somente pelas suas deficiências, colocadas, às vezes, acima do próprio ser humano. No entanto, deve-se lembrar que a deficiência não pode e nem deve ser motivo de descaracterização da humanidade desses indivíduos. Afinal, uma vez pessoas, são sujeitos de direitos e dentre tais direitos está o de desfrutar de uma vida digna, constitucionalmente assegurada pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Esse direito, por sua vez, pode ser entendido em vários planos, como bem explica Luis Roberto Barroso (2011, p. 667-668):

[...] no plano dos direitos individuais, ela se expressa na autonomia privada, que decorre da liberdade e da igualdade das pessoas [...] As pessoas tem o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminação em razão de sua identidade e de suas escolhas. [...] No plano dos direitos políticos, ela se traduz em autonomia pública, no direito de participação no processo democrático. [...] Por fim, dignidade está subjacente aos direitos sociais materialmente fundamentais, que correspondem ao mínimo existencial.

Dessa forma, pode-se dizer que o direito à sexualidade é um pressuposto de satisfação e de garantia do direito à felicidade de toda e qualquer pessoa, pois, como animais, é algo inerente ao ser humano. Sendo assim, uma vez que é iminente à condição humana, além de ser um pressuposto da saúde física e psíquica, deve ser respeitada a autonomia de toda e qualquer pessoa quanto ao seu exercício.

Em sendo assim, cabe ressaltar que também é dever do Estado, no papel de garantidor de direitos, assegurar às pessoas subsídios mínimos para o exercício pleno e saudável dessa sexualidade, assegurando-lhes de tal forma a dignidade que lhes é própria. Entretanto, no que tange a realidade da diversidade sexual, em geral, suas vontades, especialmente as de cunho sexual, não são levadas em

conta ou são diminuídas, pois se acredita que não são capazes de cumprir com as expectativas sociais referentes a essa questão. Nesse sentido, alguns doutrinadores explicam que,

Muitas pessoas com deficiência são alvo da repressão sexual, mas isso não elimina suas emoções e necessidades sexuais. Além disso, tais pessoas, em geral, são desprovidas de informações e de orientação sexual, e é essa desinformação geral dos deficientes e de seus familiares que estimula o preconceito que alimenta a restrição ao direito a uma vida sexual livre, plena e satisfatória (AMOR PAN, 2003; BLACKBURN, 2002; BUSCAGLIA, 1997; FRÓES, 2000 apud MAIA, 2006 p. 37).

Cabe, portanto, ao Estado, por meio de políticas públicas afirmativas de educação sexual e reprodutiva, propiciar um apoio e um suporte tanto às pessoas com diversidade funcional, quanto aos seus familiares. Para tanto, seria imperioso, na concretização dessas medidas afirmativas, tomar algumas posturas, a exemplo de:

a) trabalhar junto à população com deficiência, utilizando-se das técnicas de acessibilidade necessárias, bem como junto às suas famílias e à população no geral acerca da necessidade do exercício da sexualidade para toda e qualquer pessoa, conscientizando-os sobre a sua importância para manutenção da saúde física e mental;

b) informar a população sobre o dever de respeito à autonomia e à autodeterminação das pessoas com deficiência quanto as suas vontades individuais, nas quais também estão incluídas as de cunho sexual e de reprodução;

c) disponibilizar para as pessoas com deficiência um atendimento mais efetivo, promovendo, para tanto, a capacitação dos seus profissionais de saúde, tanto no tocante ao trato com as subjetividades de cada deficiência, como no que tange as suas formas de expressão da sexualidade;

d) conscientizar os pais, familiares e também as escolas e os educadores da importância de uma política de educação sexual franca, eficaz e esclarecedora, nunca se afastando de métodos acessíveis, a fim de suscitar especialmente nas pessoas com deficiência conhecimentos no tocante à reprodução humana, métodos conceptos e contraceptivos, expressão de sexualidade, planejamento familiar, constituição de família e responsabilidade;

e) assegurar uma sistemática de distribuição de métodos contraceptivos para as pessoas que possuem vulnerabilidade econômica.

Dessa forma, estar-se-ia possibilitando às pessoas com deficiência subsídios para um exercício digno, pleno e efetivo das suas faculdades sexuais e reprodutivas. Além disso, ao mesmo tempo, estaria sendo dada, também, a tais indivíduos a oportunidade de autodeterminar-se no tocante as suas sexualidades, a sua vontade de constituição de família e também de exercício de uma eventual parentalidade.

4 PARENTALIDADE NA DEFICIÊNCIA: O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A AUTORIDADE PARENTAL NA PERSPECTIVA DA AUTONOMIA INTERDEPENDENTE

É de se notar, como já foi pontuado, que a estigmatização sofrida pela diversidade funcional acaba por interferir na sua esfera de exercício de direitos fundamentais, uma vez que as ideias preconceituosas de incapacidade e de falta de habilidade dessas pessoas deram ensejo ao aviltamento dos seus direitos fundamentais. Com relação ao exercício da parentalidade não foi diferente, pois, uma vez que tais indivíduos eram enxergados pura e simplesmente por suas ditas limitações, tinha-se a ideia de que não seriam capazes tampouco de exercer a parentalidade de maneira eficaz. É preciso perceber, no entanto, que,

A grande distinção entre maternidade ou paternidade exercida pelas pessoas com deficiência é o estigma de como encaramos as dificuldades, os impedimentos e as barreiras com relação à deficiência. Ter um filho envolve escolhas, percursos e dificuldades. Mas associado à procriação há um sentimento exacerbado de ternura, amor, proteção e doação ao outro (FERRAZ et al., 2012, p.335).

É por esse motivo que, para além da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.263/96 (Lei de Planejamento Familiar), as quais garantem o direito ao livre planejamento familiar a todo cidadão, a Convenção da ONU e, em sua consequência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência trazem em seu corpo normas que pretendem assegurar a efetivação do exercício do livre planejamento familiar também para as pessoas com diversidade funcional. Afinal, a deficiência não retira da pessoa o seu status de cidadão e de detentor de direitos, devendo o Estado preocupar-se em auxiliar na obtenção dessas garantias fundamentais.

Porém, antes de analisar as referidas regras, cabe, em primeiro lugar, entender o preceito constitucional referente ao exercício do planejamento familiar como sendo “[...] dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”

(DIAS, 2015, p. 392). Essa perspectiva, por sua vez, faz percebê-lo como sendo um desdobramento do princípio da liberdade, pautada em subsídios mínimos, os quais devem ser garantidos pelo Estado, observando-se sempre os limites impostos pela dignidade da pessoa humana e pela paternidade responsável.

Diante de tal percepção, tanto a Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em âmbito internacional, quanto o Estatuto da Pessoa com Deficiência, em âmbito nacional, procuraram resguardar os direitos das pessoas com deficiência em constituir família, bem como os direitos de decidir sobre a filiação, se irão ter filhos ou não, quando irão tê-los, como se dará a sua concepção, se por reprodução natural ou assistida, se irão optar pela adoção, enfim, os direitos referentes ao planejamento familiar como um todo. A esse respeito determina a Convenção da ONU (2007) em seu art. 23:

Artigo 23.º Respeito pelo domicílio e pela família 1 - Os Estados Partes tomam todas as medidas apropriadas e efectivas para eliminar a discriminação contra pessoas com deficiência em todas as questões relacionadas com o casamento, família, paternidade e relações pessoais, em condições de igualdade com as demais, de modo a assegurar: [...] b) O reconhecimento dos direitos das pessoas com deficiência a decidirem livre e responsabilmente sobre o número de filhos e o espaçamento dos seus nascimentos, bem como o acesso a informação apropriada à idade, educação em matéria de procriação e planejamento familiar e a disponibilização dos meios necessários para lhes permitirem exercer estes direitos [...] (ONU, 2007).

Em adição a isso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) possui alguns dispositivos destinados a preservar e proteger os direitos das pessoas com deficiência, sobretudo no tocante ao exercício de atos de natureza existencial, quais sejam : a) seu art. 6º, o qual diz que a pessoa com deficiência é capaz civilmente para exercer o direito de planejamento familiar, bem como os direitos sexuais e reprodutivos, a guarda e a adoção, todos ligados ao exercício da paternidade responsável e ao melhor interesse da criança e do adolescente; b) seu art. 18, inserido no capítulo do direito à saúde, o qual garante, inclusive, o direito ao uso das técnicas de reprodução humana assistida, representando um grande avanço, visto que tais técnicas ainda não possuem regulamentação legal, apesar dos vários projetos de lei que tramitam a esse respeito no Congresso Nacional; c) seus arts. 84 e 85, os quais determinam o direito ao exercício da capacidade legal das pessoas com deficiência em igualdade de oportunidades com as demais e, quando for necessário, sua submissão à curatela, a qual, por sua vez, será medida de cunho temporário, proporcional e excepcional, que somente incidirá sobre

os atos de natureza patrimonial, nunca os de cunho existencial; d) dos seus arts. 115 e 116, os quais alteram o Título IV do Livro V do Código Civil, referente aos direitos de família, para inserir a figura da tomada de decisão apoiada, através do art. 1.783-A do referido Código. Dessa maneira, percebe-se, assim, que ambas as normas, em seus respectivos âmbitos, internacional e nacional, contribuem com uma óptica substancial de igualdade, a qual reconhece nas pessoas com deficiência sujeitos de direitos capazes de autodeterminar-se segundo suas vontades, especialmente no tocante à constituição de família e de uma possível parentalidade.

Nessa continuidade, além dessa perspectiva, cumpre também destacar o tema do exercício da autoridade parental pelas pessoas com deficiência. Isso, pois, acreditam alguns que as deficiências, em especial as mentais e intelectuais, poderiam vir a atrapalhar o seu exercício, o que poderia vir a acarretar uma violação ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da sua proteção integral e da parentalidade responsável. É possível perceber, entretanto, pela simples compreensão dos preceitos trazidos pela Convenção (2007) e pelo Estatuto, que o pensamento previamente relatado não pode prosperar. Afinal, *a priori*, uma vez que seja assegurado a tais pessoas o exercício do planejamento familiar e a possibilidade de constituição de filiação, dela decorrerão também diversos direitos e deveres, dentre eles o direito de convivência, o dever de pagar sustento e proteção dos filhos, o dever de pagar alimentos e também, por óbvio, o exercício da autoridade parental ou poder familiar, o qual corresponde ao

[...] exercício dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos, no interesse destes. Configura uma autoridade temporária, exercida até a maioridade ou emancipação dos filhos. [...] São deveres jurídicos correlativos a direitos do filho, mas, ao mesmo tempo, direitos próprios dos pais, como o da convivência familiar [...] é, assim, entendida como uma consequência da parentalidade (LOBO, 2017, p. 287-290, *passim*).

Sendo assim, é possível perceber, a partir da própria natureza do referido instituto jurídico, que ele não pode ser negado às pessoas com deficiência, pois elas são sujeitos de direitos como qualquer outro e são também capazes, não só civilmente, segundo o que determina o art. 6º do Estatuto, mas também de se autodeterminar e de gerir suas próprias vidas, tudo segundo sua vontade e de forma autônoma. No entanto, é imperioso destacar que, em matéria de diversidade funcional, tal autonomia deve ser entendida também segundo a ideia de interdependência. Nesse sentido, explica Luiz Miguel del Águila (2015, p. 64, tradução nossa) que tal autonomia interdependente diz respeito à

[...] capacidade de tomar decisões próprias, inclusive contando, para isso, com qualquer tipo de apoio externo. É dizer, a necessidade que uma pessoa com deficiência pode ter de algum tipo de apoio ou assistência, neste sentido, não compromete nem tem por que comprometer a independência ou a autonomia da pessoa.

Assim, pelo que se pode observar, a autonomia proposta pela Convenção da ONU não necessariamente corresponde a uma autossuficiência (ÁGUILA, 2015, p. 64), mas sim o exercício de uma autodeterminação da pessoa, a qual, por algumas vezes, dependerá de um auxílio para expressar sua vontade.

Dessa forma, no que diz respeito ao exercício da autoridade parental, pode-se destacar que o Estatuto, conforme dito anteriormente, criou a figura da tomada de decisão apoiada, prevista no art. 1.783-A do Código Civil, a qual pode ser requerida pela própria pessoa, quando entender conveniente, como uma forma de acessibilidade e de apoio, notadamente para as pessoas com deficiência mental e intelectual, de forma a auxiliar na expressão de suas vontades. Isso, pois, “[...] estas [pessoas], podem, eventualmente, se beneficiar da tomada de decisão apoiada, a fim de que exerçam a sua capacidade de exercício em condição de igualdade com os demais” (FARIAS et al, 2016, p. 335).

Ademais, apesar de alguns defenderem que tal apoio apenas se estende aos atos de natureza patrimonial (LOBO, 2017, p. 424), tomando por base a vedação imposta pelo art. 85 da Lei 13.146/15 para a curatela, a qual se destina a evitar uma possível superposição da vontade do curador em detrimento dos desejos da pessoa com deficiência, a tomada de decisão apoiada não se confunde com aquela. Isso, pois, ao passo que a curatela é medida de natureza excepcional, temporária e proporcional destinada à administração de bens, a tomada de decisão apoiada, a seu turno, é um instituto que se destina apenas a auxiliar na manifestação de vontade da pessoa com deficiência, comportando-se como instrumento de acessibilidade que apenas pode ser exercido em seu interesse. Além disso, somente pode ser requerido, perante o juiz, pela própria pessoa com deficiência, que também pode extingui-la, a qualquer tempo, segundo seu próprio interesse, pelo que não haveria motivo para obstar que se desse também com relação ao auxílio na prática de ato existencial como é o poder familiar. Nesse sentido, corrobora Joyceane Bezerra de Menezes (2016, p. 43-44) quando afirma que “[...] considera-se apoio toda e qualquer medida de caráter judicial ou extrajudicial tendente a facilitar o processo de tomada de decisões quando da celebração de negócios jurídicos, em geral, seja no âmbito patrimonial ou existencial”.

É perceptível, portanto, que o exercício do poder familiar por essas pessoas é plenamente compatível com os princípios da convivência familiar e

do melhor interesse da criança, visto que é direito tanto dos filhos como dos pais de estarem na companhia uns dos outros, independentemente desses últimos terem deficiência ou não. Ademais, está de acordo com os princípios da paternidade responsável e da proteção integral, uma vez que tais pessoas são capazes de cuidar de seus filhos e zelar pelos seus interesses, sendo dever do Estado fornecer-lhes subsídios para que exerçam tais direitos em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, levando em conta as suas subjetividades.

CONCLUSÃO

É notório que as pessoas com deficiência se encontram numa situação de vulnerabilidade em decorrência das peculiaridades inerentes aos membros desse grupo. Entretanto, é importante lembrar que, apesar das diferenças caracterizadoras dos indivíduos pertencentes ao grupo, não se pode olvidar da sua condição humana e, como tal, precisam ter seus direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

Observou-se que, apesar da existência de normas nacionais e internacionais que estabelecem e tentam assegurar direitos e garantias fundamentais, os quais, por sua vez, são, ou, pelo menos, deveriam ser estendidos a todos os cidadãos, ainda assim a realidade social fez com que fosse necessária a edição de normas específicas para a proteção das pessoas com deficiência. Nessa perspectiva, estão inseridas a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, no âmbito internacional, e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, na esfera nacional, as quais são normas editadas com o intuito de reforçar a necessidade de proteção e preservação desses mesmos direitos e garantias fundamentais para o grupo de pessoas com deficiência. Afinal, tais indivíduos, antes de mais nada, também são seres humanos com desejos e aspirações próprios e que precisam ter os seus direitos fundamentais reconhecidos e respeitados, assim como qualquer outro indivíduo.

Tendo isso em mente, é importante perceber que as pessoas com deficiência merecem ter seus direitos sexuais e reprodutivos assegurados, pois, uma vez que tais garantias decorrem das próprias necessidades humanas de exercício livre, pleno e consciente de sua sexualidade, não seria correto - pode-se dizer até que seria uma desumanização - privar esses indivíduos de suas aspirações pessoais pelo simples fato de possuírem uma deficiência. Para tanto, a Convenção da ONU e o Estatuto da Pessoa com Deficiência trouxeram em seu corpo normas que resguardassem os direitos sexuais e reprodutivos, em especial os direitos decorrentes da liberdade de planejamento familiar. A partir dessas devidas proteções, por sua vez, salvaguardou-se também o direito de constituição de família e o de

concretização da parentalidade, bem como os decorrentes desta, em especial o poder familiar, o qual, caso necessário, poderá se valer também da tomada de decisão apoiada, como mecanismo de acessibilidade, para auxiliar na manifestação da vontade dos pais com deficiência.

Por fim, vale ressaltar que é dever também do Estado, segundo o preceito constitucional da dignidade humana, auxiliar as pessoas com deficiência no desempenho dessas aspirações pessoais. Para tanto, faz-se necessária a instituição de políticas públicas afirmativas de conscientização da população quanto ao direito à autonomia dessas pessoas, incluindo-se nessa autodeterminação o direito à livre expressão da sexualidade e o de liberdade no planejamento familiar, bem como de capacitação dos profissionais de saúde no trato com a deficiência e suas particularidades. Dessa forma, os indivíduos com deficiência estariam sendo respeitados como pessoas e poderiam exercer suas aspirações e desejos pessoais de forma plena e em igualdade de oportunidades com os demais.

REFERÊNCIAS

ÁGUILA, Luiz Miguel del. La autonomia de las personas con discapacidad como principio rector. In: SALMÓN, Elizabeth et. al.. *Nuevos conceptos claves para entender La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. Lima: Pontificia Universidad Católica Del Perú, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 9 mai 2016.

_____. *Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm> Acesso em 09 maio 2016.

_____. Código Civil (2002). *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Brasília: Senado, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em 09 mai 2016.

_____. Estatuto da Pessoa com Deficiência. *Lei 13.146, de 6 de julho de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm> Acesso em 09 maio 2016.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - SDH/PR; Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa Com Deficiência – SNPD; Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa Com Deficiência. (Ed.). *Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência*. Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. 36 p. Disponível em: <[file:///C:/Users/manuel camelo/Downloads/A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência Comentada \(1\).pdf](file:///C:/Users/manuel%20camelo/Downloads/A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Defici%C3%AAncia%20Comentada%20(1).pdf)>. Acesso em 30 abr 2016.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Carolina Valença. LEITE, Glauber Salomão. *Manual dos Direitos da Pessoa com Deficiência*. São Paulo: Saraiva, 2012.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *A ONU e o Seu Conceito Revolucionário de Pessoa com Deficiência*. Disponível em: <<https://lumiword.wordpress.com/leidireito/onu-e-o-seu-conceito-revolucionario-de-pcd/>>. Acesso em 06 jan 2016.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAIA, Ana Cláudia Bortolozzi. *Sexualidade e deficiências*. São Paulo: UNESP, 2006.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de decisão apoiada: instrumento de apoio ao exercício da capacidade civil da pessoa com deficiência instituído pela lei brasileira de inclusão (lei n. 13.146/2015). *Revista Brasileira de Direito Civil*. Local, v. 9, p. 31-57, jul./set. 2016. Disponível em: <https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume9/rbdcivil_vol_9_03_tomada-de-decisao-apoiada.pdf> Acesso em 05 set 2017.

MOSCHETTA, Sílvia Ozelame Rigo. *Homoparentalidade: direito à adoção e reprodução humana assistida por casais homoafetivos*. 2 ed. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

ONU. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. De 30 de março de 2007. Disponível em: <<http://www.inr.pt/uploads/docs/direitosfundamentais/convencao/ConvTxtOfPort.pdf>>. Acesso em 01 fev 2016.

RIZZO, Agustina Palacios; CABRERO, Javier Román. El modelo de la diversidad: la bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. Madri: Ediciones Diversitás, 2006h. Resenha de: PARRA, Vanessa Morente. Agustina PALACIOS y Javier ROMÁN, El modelo de la diversidad. La Bioética y los Derechos Humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional. *Derechos y Libertades: Revista Del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 17, págs 231-239. Disponível em: <<file:///C:/Users/Sergio/Downloads/articulos-20062007204322.REC04.pdf>> Acesso em 12 de jul de 2017.

DIREITO À DIFERENÇA: DESAFIOS E POSSIBILIDADES PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS DE CIDADANIA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO BRASIL

THE RIGHT TO DIFFERENCE: CHALLENGES AND POSSIBILITIES FOR THE CONCRETIZATION OF CITIZENSHIP RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES IN BRAZIL

Fábio Marques Gonçalves

Mestrando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da
Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, FCHS-UNESP/Franca-SP
(Departamento de Direito Público - Direito Constitucional e Teoria do Estado).

Monise Pedreiro Machado

Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, FDF/Franca-SP.

Submetido em: 23/10/2017

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5150>

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo analisar a falta de efetividade dos direitos de cidadania das pessoas com deficiência no Brasil. A despeito da existência de um grande aparato normativo, destinado à proteção dessas pessoas, o que se verifica, na realidade, é um grande abismo entre o texto legal e a materialização desses direitos. Isso se dá graças à permanência de um conceito liberal-formalista de igualdade, que não leva em conta as diferenças havidas entre os seres humanos. Some-se a isso o fenômeno contemporâneo da sociedade de massas, por meio do qual se reforça a falsa ideia de inexistência de diferenças. Assim, a partir da Crítica Hermenêutica do Direito, pretende-se avançar no debate, para a efetivação dos direitos desse grupo, partindo-se de uma perspectiva que valoriza as diferenças entre os seres humanos, possibilitando a existência de reconhecimento. O trabalho se desenvolve pelo método de abordagem fenomenológico-hermenêutico, e utiliza a técnica da revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Pessoa com deficiência; Inclusão; Cidadania; Direito à igualdade; Reconhecimento.

Abstract: *The present study aims to analyze the lack of effectiveness of citizenship rights of persons with disabilities in Brazil. In spite of the existence of a great legislation, to the protection of these*

persons, what happens, in fact, is a great difference between the legal text and the implementation of these rights. This is due to the permanence of a liberal-formalist concept of equality, which does not take into account the differences between human beings. Add to this the contemporary phenomenon of mass society, through which the false idea of the inexistence of differences is reinforced. Thus, from the theoretical framework of Critical Hermeneutics of Law, it is intended to advance in the debate, for the implementation of rights of this group, starting from a perspective that values the differences between human beings, making possible the existence of recognition. The work is developed by the phenomenological-hermeneutical approach method, and uses the technique of bibliographical revision.

Keywords: *Person with disability; Inclusion; Citizenship; Equality right; Recognition.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Constituição da República Federativa do Brasil e a revolução trazida pelo Decreto 6949/2009. 3. A nova Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13146/2015). 4. O direito à igualdade e a vulnerabilização histórica das pessoas com deficiência. 5. Dignidade humana, reconhecimento e valorização das diferenças entre os seres humanos. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se desenvolve sobre o tema da falta de efetividade dos direitos de cidadania das pessoas com deficiência. Com um recorte a partir do advento do Estado Democrático de Direito brasileiro (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) – em que o cerne de toda a atuação política e jurídica deve ser no sentido de que sejam realizadas as promessas ainda não cumpridas da modernidade –, a preocupação é a de questionar e encontrar os caminhos para a solução da falta de concretização dos direitos fundamentais desse grupo de pessoas, que, historicamente e de forma constante, tem se repetido.

Primeiramente, o texto aborda os avanços legislativos alcançados durante décadas de muito debate, em busca da efetivação da dignidade humana desse grupo vulnerabilizado. O movimento político das pessoas com deficiência lutou muito pelo reconhecimento dos seus direitos, até conseguir conquistar seu espaço, embora tímido, na Constituição Federal de 1988.

Vinte anos após a promulgação da Constituição, o Brasil internalizou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da ONU. A forma como a Convenção foi ratificada pelo Brasil (conforme a regra constante no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal) a elevou ao *status* de emenda constitucional. Foi o primeiro e o único tratado de Direitos Humanos a ser internalizado dessa forma, mostrando, assim, a importância desse tema e a busca incessante das pessoas com deficiência pela efetivação dos seus direitos.

A referida Convenção inova radicalmente na forma como trata da inclusão das pessoas com deficiência, a iniciar pela revolução trazida pelo novo conceito de “pessoa com deficiência”, que deixa de ser pensado a partir das ciências biológicas e da medicina, e passa a ter o seu referencial na sociedade e na forma como essa se abre e se relaciona com aquelas pessoas.

Com quinze anos de tramitação, após grandes lutas e debates, baseando-se na Convenção da ONU, foi criado o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Brasileira de Inclusão 13146, de 6 de julho de 2015), que é objeto de análise da segunda parte do presente trabalho. O Estatuto inova ao trazer soluções práticas, envolvendo todas as áreas da vida das pessoas com deficiência, e regulamentando tanto temáticas que já existiam na Constituição Federal, como aquelas que foram inseridas por meio da internalização da Convenção da ONU. Reiterou-se o novo conceito de “pessoa com deficiência”, trazido pela Convenção, e ampliou-se, sobremaneira, o espectro de alcance de todo o ordenamento jurídico nacional – que sofreu profundas alterações por meio da nova legislação –, de modo a se garantir a transformação da realidade da vida dessas pessoas, com vistas à sua plena inclusão. Nesse momento, a luta de mais de quarenta e cinco milhões de pessoas ganha a elaboração de uma grandiosa legislação, dando um passo adiante na conquista de direitos e na saída da invisibilidade.

Em seu terceiro momento, o texto aborda o direito à igualdade, traçando críticas ao formalismo com que esse ainda é visto atualmente. Historicamente, a igualdade se restringiu à formalidade, ignorando a existência das diferenças entre as pessoas na sociedade, e, conseqüentemente, reforçando situações de desigualdade e preconceito. Dessa forma, as pessoas com deficiência não se encaixavam nos grupos dominantes da sociedade liberal – ou seja, das pessoas detentoras de direitos –, o que ocasionou que elas se tornassem parte de um grupo vulnerabilizado, quer dizer, daqueles que foram excluídos da promessa liberal de igualdade.

Analisar a historicidade do conceito de igualdade, desvelando suas incongruências e todas as suas apropriações que ocorreram, ao longo da história, por aqueles que estiveram no poder, faz-se extremamente necessário, para que se possa repensar esse princípio democrático, de maneira que seja ressignificado, para a garantia de efetivação de uma concreta igualdade entre os seres humanos – sem as costumeiras construções abstratas que são encontradas nos debates jurídicos.

Na quarta parte do artigo, trata-se do fato de que os direitos conquistados pelas pessoas com deficiência, através de legislações inclusivas, infelizmente ainda não são totalmente respeitados. É preciso que se invista em uma perspectiva

de reconhecimento desse grupo, valorizando e respeitando as diferenças entre os seres humanos, de modo que se concretize a cidadania e se garanta o direito à dignidade humana a todas as pessoas, sem distinção.

Para tanto, mostra-se necessário o desenvolvimento do pensamento jurídico nacional, ainda anestesiado e refratário de todas as conquistas operadas no ambiente da Filosofia e da Filosofia *no* Direito, de modo a trazer, novamente, para o âmbito jurídico, o necessário e importante ambiente reflexivo e crítico, próprio da Filosofia. Sem essa abertura dos juristas, o horizonte que se apresenta não é nada auspicioso. Com essa mudança de postura proposta, evitar-se-á que o Direito continue preso às suas ficções, exilado da realidade. Há questões reais que merecem atenção e aguardam por resposta; e essa resposta não virá da tecnicidade ou do fraco ferramental que o Direito tem utilizado nas últimas décadas.

O trabalho foi desenvolvido a partir do referencial teórico da Crítica Hermenêutica do Direito, tendo por método de abordagem o fenomenológico-hermenêutico, e por técnica de pesquisa a revisão bibliográfica. Várias foram as fontes utilizadas para seu desenvolvimento, tais como obras jurídicas e filosóficas, periódicos jurídicos, semanários jurídicos eletrônicos e legislações.

2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E A REVOLUÇÃO TRAZIDA PELO DECRETO 6949/2009

As pessoas com deficiência conquistaram espaço na Constituição Federal, porém essa conquista, com o desenvolvimento histórico, mostrou-se apenas formal. A concretização desses direitos, na realidade dessas pessoas, não foi alcançada. É essencial que se haja com vontade de Constituição, para a superação de um cenário como esse, na medida em que se deseja realizar a pretensão de conquistar materialmente tais direitos. A Constituição de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito no Brasil, acertadamente traçou um projeto de cidadania e inclusão, a partir da igualdade, que ainda não foi concretizado, pela (ainda) permanência de estruturas antiquadas de pensamento e de agir, tanto na sociedade civil, como em seus espectros político e jurídico.

A grande evolução, inaugurada pelo Estado Democrático de Direito, encontra-se na busca pela concretização da igualdade, através da realização de intervenções que resultem em mudanças reais na vida da sociedade.

Todo Estado de Direito se sujeita ao império da lei. No Estado Democrático de Direito não é diferente, entretanto, o princípio da legalidade¹ toma novas di-

¹ Necessário esclarecer, como trata Oliveira (2008, p. 80 e 81), que “neste significado, legalidade deve ser entendida como o conjunto de operações do Estado que é determinado não apenas pela

mensões e deve ter uma eficácia muito maior.

De acordo com o Streck e Moraes (2013, p. 113), nesse Estado, o princípio da legalidade tem o significado de caminho para a realização da igualdade, que não se dá por meio de generalizações abstratas, mas por ações efetivas que têm o condão de transformar a realidade da comunidade política.

Nessa esteira, os direitos das pessoas com deficiência vêm passando por um processo de construção, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 – fundada na dignidade da pessoa humana, e que possibilitou o início de uma profunda reflexão sobre a realidade social, através dos direitos sociais e dos instrumentos para o exercício da cidadania, abrindo caminhos para a concretização das exigências de um Estado de justiça social –, travando muitos embates na sociedade, para a garantia de direito de fala sobre o que seria o direito à igualdade.

Como afirma Araujo (2011, p. 49), não é possível que se interprete a Constituição sem que se passe, necessariamente, pelo princípio da igualdade: aí está a chave para a compreensão da extraordinária proteção que deve ser dirigida às pessoas com deficiência – compreender tal princípio é vital para os debates de uma sociedade democrática e inclusiva.

Também, o direito à inclusão social das pessoas com deficiência (que se deriva, claramente, da noção de igualdade), elencado pela Constituição Federal, compreende o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito à vida familiar, o direito à eliminação das barreiras arquitetônicas (ou o direito à acessibilidade) e, inegavelmente, o próprio direito à igualdade.

Além de todos os direitos das pessoas com deficiência protegidos pela Constituição Federal, a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi aprovada de forma equivalente a uma emenda constitucional (Decreto 6949/2009), conforme determina o artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição da República Federativa do Brasil (1988), em que é abordado o tema dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, com *status* de norma constitucional.

Conclui-se, portanto, que com esse dispositivo, logo após a ratificação, a Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência

lei, mas também pela Constituição – uma vez que seria um contra-senso afirmar uma legalidade que não manifestasse a consagração de uma constitucionalidade [...]. Mais do que isso: legalidade implica na formação de um espaço público de tomada de decisões num âmbito estatal específico e na capacidade de tornar efetivas tais decisões. Ou seja, a legalidade é uma forma de se constituir o espaço público de maneira que se possa dizer que ele esteja tomado por ela; é um fenômeno complexo, para onde confluem as noções de cidadania e democracia; é o momento em que o espaço público é efetivamente público e não colonizado por interesses privados”.

produz efeitos imediatos, revogando qualquer legislação ordinária contrária a ela.

Frisa-se que a assinatura, por parte da Presidência da República, da Convenção Internacional, já seria suficiente para abrir um necessário debate sobre a prática e importância dos direitos das pessoas com deficiência. O Brasil foi além e internalizou a Convenção com aprovação de ao menos três quintos dos votos dos membros de cada casa do Congresso, em dois turnos, tornando a Convenção equivalente a uma emenda constitucional. Com a internalização, foi conferida a ela, portanto, força normativa – passando, como trata Araujo (2014, p. 42), a limitar o poder discricionário da Administração Pública, a vincular o Poder Legislativo, na formulação de leis, e a trazer a obrigatoriedade de sua observância por todo o Poder Judiciário, em suas decisões. Foi um importante passo dado para a conquista da cidadania das pessoas com deficiência.

A Convenção busca defender e garantir condições de vida com dignidade a todas as pessoas com deficiência, monitorando as ações efetuadas pelo Brasil. Em seu artigo 1º, assim nos traz qual o seu propósito e um novo conceito para “pessoa com deficiência” (BRASIL, Decreto 6949, 2009):

O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente. Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

Pode-se notar que sua importância se encontra, também, na novidade trazida pela alteração do conceito de pessoa com deficiência, antes disciplinado pelo Decreto regulamentar nº 3.298, de 20 de Dezembro de 1999 (alterado pelo Decreto regulamentar nº 5.296, de 02 de Dezembro de 2004), em que se mencionava apenas o conceito médico de quem era e quem não era pessoa com deficiência, trazendo, agora, um “[...] conceito ambiental, muito mais ligado às barreiras encontradas no espaço de convívio do que nos aspectos que poderiam caracterizar a deficiência” (ARAUJO, 2015, p. 9).

Sobre o propósito da Convenção, argumenta Lopes (2014, p. 26 e 27) que foi realizado um giro, deixando-se de lado a normalidade padronizadora das ciências biológicas, passando-se a um patamar de valorização e celebração das diferenças havidas entre os seres humanos. Menciona, ainda, a autora, que o modelo social

de direitos humanos, adotado pela Convenção, é o que permite pensar a deficiência como algo imposto aos seres humanos, por meio de barreiras construídas e mantidas por toda a sociedade, impedindo a efetiva inclusão das pessoas com deficiência. A partir da manutenção de barreiras arquitetônicas, comunicacionais e atitudinais, verifica-se que a deficiência está na sociedade que não está apta a receber o diferente, e não na pessoa que é excluída dessa sociedade, despreparada e autoritária, por não poder interagir com as barreiras que lhe são impostas.

É preciso reconhecer que, apesar de já se ter feito muitos progressos, através das medidas instituídas pelo Decreto 6949/2009, ainda há muito a se fazer, uma vez que a realidade se mantém praticamente inalterada, justamente por pouco se manifestar, em terras brasileiras, uma ideia forte de Constituição normativa.

3 A NOVA LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – LEI 13146/2015)

O debate a respeito dos direitos das pessoas com deficiência, reinaugurado atualmente pela Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), de 6 de julho de 2015, é de extrema importância para o avanço na consolidação dos direitos humanos conquistados.

Apesar de já existir a proteção da Constituição Federal de 1988, juntamente com a proteção trazida pela Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto 6949/2009), persiste uma grave situação de descumprimento desses direitos.

Através de um processo histórico de muita luta pela consolidação dos direitos humanos, com um projeto de lei que percorreu quinze anos de tramitação, tendo como base a Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, fixa-se um novo marco no país, com o surgimento da Lei Brasileira de Inclusão (Lei 13146/2015).

O nascimento do Estatuto veio para regulamentar o que já existia, mas não era respeitado, sendo apenas formalmente reconhecido. Vive-se um momento fértil para se debater e se concretizar os direitos das pessoas com deficiência, não mais existindo margem para o descumprimento e exclusão. Após décadas de luta, pode-se ver a democracia sendo colocada em prática, reconhecendo-se a necessidade de garantir a inclusão das pessoas com deficiência na sociedade.

O Estatuto é um conjunto de normas que visa à inclusão, através de medidas de caráter social, da pessoa com deficiência. Seu nascimento foi uma verdadeira revolução, pois, através dele, a sociedade irá se preparar para receber o cidadão com deficiência – e não mais a pessoa com deficiência terá que se adaptar a uma

sociedade que não está apta a recebê-la. O Estatuto quer radicalizar a inclusão para concretizar os direitos dos cidadãos com deficiência. O objetivo da Lei Brasileira de Inclusão não é conceder vantagens, mas sim assegurar os direitos desses cidadãos, através da promoção da equiparação de oportunidades, da garantia de autonomia e da garantia de acessibilidade às pessoas com deficiência.

Uma das novidades trazida pela Convenção da ONU (Decreto 6949/2009), e que foi reproduzida pelo Estatuto, foi o conceito de pessoa com deficiência. Com essa novidade mantida pelo Estatuto, diante da necessidade de inclusão dessas pessoas, constatou-se a inadequação da expressão “portador de deficiência”. A ideia que a expressão “portador” passa é que a pessoa com deficiência carrega um fardo, algo que a qualquer momento deixará de portar. Já na nova definição, a pessoa tem um tipo de impedimento de longo prazo, não momentâneo. Segundo a ONU, o termo adequado para se referir é “pessoa com deficiência”. “A deficiência deixa de ser um atributo da pessoa e passa a ser o resultado da falta de acessibilidade que a sociedade e o Estado dão às características de cada um” (GABRILLI, 2016, p. 13).

Devido ao histórico brasileiro de carência de serviços públicos e da grande demanda da própria população, o desenvolvimento do texto da Lei Brasileira de Inclusão foi pensado sempre para avançar na conquista de direitos.

Para concretizar os direitos de mais de quarenta e cinco milhões de brasileiros, com algum tipo de deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou amplamente a legislação nacional, de modo a adequar o ordenamento jurídico brasileiro aos seus objetivos, eliminando incompatibilidades (GABRILLI, 2016, p. 12), para haver adequação à Convenção Internacional e à Constituição Federal.

Criou-se uma legislação grandiosa, de forma a contemplar toda a diversidade humana brasileira – dentre a qual se encontram: trinta e cinco milhões de cegos, dez milhões de pessoas com deficiência motora, treze milhões de surdos, dois milhões e quinhentas mil de pessoas com deficiência mental –, possibilitando a materialização de direitos e, conseqüentemente, tirando-se as pessoas da invisibilidade.

Um dos pontos mais relevantes na Lei Brasileira de Inclusão se refere à educação, que é um direito que se encontra em direta conexão com o princípio da igualdade (CUNHA; FARIAS; PINTO, 2016, p. 98). O fundamento constitucional do direito à educação, que inspirou o Estatuto da Pessoa com Deficiência, encontra-se nos artigos 6º, 205 e 208, inc. III.

A partir do momento em que se permita o acesso de todos a uma educação universal, em igualdade de condições, poderá haver, de fato, isonomia. Foi o que a Lei Brasileira de Inclusão propôs: igualdade de acesso à educação às pessoas com

deficiência. O Estatuto quer concretizar uma educação inclusiva, ou seja, busca-se possibilitar o acesso *total* das pessoas com deficiência ao sistema de educação, de modo que não se separe os alunos com deficiência em “classes especiais”, fazendo com que todos os alunos de uma escola estejam submetidos ao mesmo currículo escolar, vivenciando as mesmas experiências, dividindo os mesmos espaços, gozando plenamente de seu direito à educação (CUNHA; FARIAS; PINTO, 2016, p. 100). E, diferentemente do que possa parecer, a educação inclusiva não gera efeitos apenas aos alunos que estão sendo incluídos – isso ainda seria insuficiente –, mas também para aqueles que já participavam do ensino regular, mas que ainda estavam fechados em suas experiências padronizadas e, agora, passarão a conviver com formas diferentes de existência, abrindo-se para o contato com *o outro*, aprendendo com as dificuldades de todos, possibilitando um mundo mais inclusivo e humanizado.

O artigo 28, da Lei 13146/2015, é revolucionário ao elencar uma série de obrigações às instituições de ensino regular, no atendimento de toda e qualquer pessoa com necessidade especial. As escolas, desde 2016, não podem se negar a receber uma pessoa com qualquer tipo de deficiência. As mudanças, que as escolas terão que cumprir, não se restringem apenas às mudanças estruturais, como também de caráter pedagógico. As escolas deverão oferecer às pessoas com deficiência um aparato apropriado, tal como: profissionais de apoio, sala de recursos, material adaptado, ensino de libras, adoção do sistema braile, entre outros. Para o cumprimento das determinações da Lei Brasileira de Inclusão, é vedada, às instituições particulares de ensino, a cobrança de valores adicionais nas mensalidades, nas matrículas, nas anuidades e todos os demais tipos de cobrança feita por elas.

A Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, contra dois dispositivos encontrados no Estatuto da Pessoa com Deficiência – parágrafo 1º, do artigo 28, e artigo 30, *caput*. O intento da Confenen era o de livrar as instituições particulares de receberem alunos com deficiência, defendendo que a responsabilidade sobre a inclusão dessas pessoas seria apenas do Estado brasileiro, de modo que seria possível, aos estabelecimentos privados de ensino, a escolha de quem poderia ou não ter acesso às suas estruturas (ROVER, 2015).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a seccional da OAB do Distrito Federal, a Federação Nacional das Apaes (Fenapaes), a Federação das Associações de Síndrome de Down (FBASD) e a Associação Nacional do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência (Ampid), pediram ao Supremo Tribunal Federal seu ingresso como *amici curiae* na ADI, todos contrários ao pedido da Confenen.

É preciso uma conscientização inclusiva. O Estatuto da Pessoa com Deficiência veio para concretizar os direitos negados aos cidadãos com deficiência, e radicalizar sua inclusão em toda a esfera social. Assim, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5357, proposta pela Confenen, contra dispositivos da Lei 13146/2015. Com esse julgamento fica registrada a efetividade conferida para o Estatuto da Pessoa com Deficiência – sendo estabelecida e confirmada, portanto, a exigência da legislação, totalmente amparada pela Constituição Federal, de que não deve haver exceção quando o assunto for educação inclusiva.

Outra questão relevante, existente na Lei Brasileira de Inclusão, diz respeito às cotas. A legislação, buscando a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, está permeada de cotas para facilitar o convívio em sociedade. São exemplos da porcentagem que a legislação regulamenta, destinada às pessoas com deficiência: dez por cento das vagas em instituições de ensino superior e instituições profissionalizantes, dois por cento das vagas em estacionamento, cinco por cento dos veículos de autoescolas adaptados, dez por cento das outorgas de táxis para motoristas, dez por cento dos computadores adaptados em *lan-houses* e cinco por cento das vagas em empresas que possuam mais de cem empregados.

Uma questão pertinente, a respeito das vagas que deverão ser preenchidas pelas empresas, diz respeito à acessibilidade, que é um dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, especialmente das pessoas com deficiência.

O tema da acessibilidade, é claro, não se resume à rampa na entrada ou banheiro adaptado, conforme a norma de acessibilidade. Isso seria uma análise muito simplista. Acessibilidade compreenderia um conjunto de informações, ajustes arquitetônicos, todos com base no desenho universal (um desenho que considera as necessidades de todas as pessoas). Apenas para mencionar, a empresa necessita garantir às pessoas em cadeira de rodas ou com dificuldade de ambular a circulação por todos os andares; colocar piso tátil de alerta nas escadas e rampas, no mínimo, para orientar a pessoa com baixa visão e cega; dotar os espaços de comunicação (libras) e sinalização de orientação para os surdos e para as pessoas com deficiência intelectual, além de ajustes nos equipamentos. Tudo isso se aplica às lojas, aos escritórios, às fábricas, aos supermercados. Estamos falando de meio ambiente do trabalho. E meio ambiente do trabalho legal, qual seja, o acessível (ARAUJO; PRADO, 2016).

Dessa análise, é importante salientar que não bastam somente as cotas para fazer valer a garantia do direito à igualdade das pessoas com deficiência, no am-

biente de trabalho. Vai muito além, pois a “acessibilidade é condição de procedimento” (ARAUJO, 2016). Os espaços ocupados pelas empresas, sejam mobiliários ou equipamentos, deverão ser acessíveis, cumprindo, dessa forma, os requisitos adequados de acessibilidade.

O direito ao trabalho não se concretiza sem a concretização concomitante do direito à acessibilidade. É inviável oferecer trabalho, em um ambiente não acessível, para uma pessoa com deficiência. O mesmo raciocínio vale, também, para outros direitos: o direito à acessibilidade é considerado um direito de fundamental importância, por possibilitar a garantia do direito à saúde, do direito à educação, do direito ao transporte, do direito ao trabalho...

Outra mudança significativa trazida pela Lei Brasileira de Inclusão, no campo do trabalho, é a criação do auxílio-inclusão – algo importante e inovador, especialmente em um cenário em que a maior parte das pessoas com deficiência trabalha na informalidade.

Existem dois fatos que explicam essa situação: a falta de acesso à educação desse grupo vulnerável, impedindo uma qualificação necessária para ingressar no mercado de trabalho; e, quando a pessoa com deficiência ingressa no mercado de trabalho, com carteira assinada, acaba perdendo o auxílio que recebia do Estado, chamado Benefício de Prestação Continuada (BPC).

Apesar de ajudar na subsistência das famílias que dele se beneficiam, o benefício acaba por dificultar que as pessoas com deficiência procurem uma oportunidade de trabalho, optando por viver na informalidade.

A Lei Brasileira de Inclusão trouxe o “auxílio-inclusão”, para tentar mudar a realidade de muitas pessoas com deficiência. Tal auxílio é um benefício que será concedido à pessoa com deficiência que ingressar no mercado de trabalho formal, sendo uma renda complementar. Caso a pessoa passe a exercer atividade remunerada e receba o auxílio, haverá a suspensão do Benefício de Prestação Continuada.

Essa mudança, trazida pela Lei Brasileira de Inclusão, é muito importante para o desenvolvimento do cidadão com deficiência com relação ao direito de acesso ao mercado de trabalho formal, pois irá encorajá-lo a abrir mão do benefício, passando a receber uma remuneração, além do salário.

Dessa breve análise, de alguns institutos da nova Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, vislumbra-se um intento revolucionário, que se espalha por toda a sua normatização: a transformação material das condições de vida de cada pessoa com deficiência no Brasil, possibilitando-se uma real abertura da sociedade para esses cidadãos, que durante séculos permaneceram nas

sombras, totalmente excluídos dos debates sobre a igualdade, e a quem sempre foram negadas as promessas da modernidade.

4 O DIREITO À IGUALDADE E A VULNERABILIZAÇÃO HISTÓRICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Quando se fala em democracia e em cidadania, já se pressupõe a ideia de igualdade, a concepção da igual participação de todos nos deslindes históricos do país.

Acontece que os conceitos de “igual” e de “todos” sempre estiveram tensionados nas relações que se desenvolvem em torno do poder. Na história foram criados pensamentos e conceitos que até hoje permanecem influenciando o modo de se pensar e de se “distribuir” direitos.

O direito à igualdade, em sua trajetória histórica, sofreu inúmeras releituras, ao sabor daqueles que dominavam o poder político e econômico de cada época. Os detentores das relações políticas delimitavam o público que teria acesso a direitos, especialmente no tocante à igualdade, uma vez que é o direito que se flexibiliza (ou se elimina) nas relações de dominação, nas quais alguns se privilegiam e outros são excluídos do gozo da própria vida.

Como trata José Afonso da Silva (2010, p. 211, grifos no original):

O direito de igualdade não tem merecido tantos discursos como a liberdade. As discussões, os debates doutrinários e até as lutas em torno desta obnubilam aquela. É que a igualdade constitui o signo fundamental da democracia. Não admite os privilégios e distinções que um regime simplesmente liberal consagra. Por isso é que a burguesia, cônica de seu privilégio de classe, jamais postulou um regime de igualdade tanto quanto reivindicara o de liberdade. É que um regime de igualdade contraria seus interesses e dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe em que assenta a democracia liberal burguesa.

Paradoxalmente, para que se discutisse formalmente o direito à igualdade, em variadas épocas, foram utilizadas estratégias que apostavam na desigualdade e inferiorização de determinados grupos de seres humanos: para a garantia de direitos aos colonizadores, a submissão extrema dos colonizados; para a garantia de direitos à classe dos latifundiários, a degradante exploração de escravos... E assim se seguiu, com o holocausto, as ditaduras na América-latina, o neocolonialismo. Sempre uma separação entre os que têm direitos e os que têm deveres;

aptos e inaptos. A fruição de direitos, historicamente, está ligada às configurações identitárias dos seres humanos, que sempre determinaram quais seriam os “superiores” e os que se submeteriam a eles (BRAGATO, 2012, p. 128 e 129).

Com o início do debate moderno sobre os direitos humanos, foi iniciada uma busca pela essência humana. Se a discussão era sobre “direitos humanos”², havia uma grande necessidade de se definir “quem” gozava da característica de ser “humano”, para, assim, poder haver uma definição de quem seriam os sujeitos de direito. Ao contrário de se garantir o amplo acesso de todos aos direitos, buscou-se um fechamento do grupo detentor de regalias. Diante das tensões do poder, aqueles que o dominavam definiram o padrão de humanidade, o padrão dos detentores de direitos; foi feita a separação entre os “civilizados” e os “selvagens”. O restante, a própria história conta.

A realidade é que o “modelo de mundo”, que ainda se apresenta hoje, é aquele forjado pelo imaginário da classe que se tornou dominante após o início da modernidade: o burguês – seus conceitos e direitos passam à centralidade do debate do espaço público, de modo que são ressignificadas as condições existenciais, para uma adequação ao novo referencial de realidade orquestrado pela “nova humanidade”.

Esse projeto da nova classe se consolida, através do tempo, pelas novas perspectivas de trabalho com a realidade, especialmente pelos ideais de racionalidade e exatidão do pensamento, da busca pelo “puro”, pelo “perfeito”, pelo “belo” e pelo “universal”.

Com o início da modernidade, passou-se à identificação da essência dos seres humanos com a ideia de racionalidade, originada nos círculos dos pensadores da elite. O problema é que a noção de “racional”, em lugar de justificar a necessidade de igualdade entre os seres humanos, funcionou como um subterfúgio (etnocêntrico) para sua hierarquização e vulnerabilização (BRAGATO, 2012, p. 126 e 131).

As construções científicas se deram em um espaço asséptico, com experiências laboratoriais que pretendiam dar o tom da realidade e do progresso. Essa empreitada se reflete sobremaneira na forma como se construiu a ciência de maneira apartada da realidade da vida, o que se pode ver a partir de uma artificial divisão do saber entre teoria e prática, o que ocasiona que a realidade é exorcizada do âmbito das ciências, de modo que o conhecimento e o reconhecimento passam a ser construídos de dentro de castelos apartados da vida real.

² De forma sintomática, o debate que se travava era em torno dos direitos do “homem e cidadão”, iniciado com os desenvolvimentos da Revolução Francesa.

Essa forma de se pensar os direitos continua refletindo na sociedade até os dias atuais. No tocante à exclusão da cidadania das pessoas com deficiência, é isso, justamente, o que impede, apesar dos grandes avanços nos debates, que se possibilite a efetivação dos direitos dessas pessoas.

Apesar de toda a estrutura legislativa e constitucional que sempre existiu, somada à internalização da Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência, e, recentemente, à promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, não é possível dizer que houve a efetivação dos direitos desse grupo na sociedade. Não houve um reconhecimento total dos direitos das pessoas com deficiência, porque ainda vigora na sociedade uma igualdade forjada a partir do conceito liberal. Esse conceito de igualdade, que predominou no Direito moderno ocidental, foi o de um tratamento igual da lei a todas as pessoas, restringindo a igualdade ao formalismo, ignorando a desigualdade histórica das pessoas, e pressupondo uma igualdade inexistente entre elas.

O princípio da igualdade formal sugere a existência de (uma fictícia) homogeneidade entre os seres humanos, ignorando as diferenças que emanam da concretude, da vida, desprezando, portanto, a pluralidade e o reconhecimento (BRAGATO, 2013, p. 78). As diferenças foram, historicamente, inferiorizadas por grupos dominantes, considerados seres racionais, padrão da humanidade, aos quais pertencem os direitos básicos à liberdade e à igualdade, enquadrando apenas os indivíduos que se “adequavam” ao espelho do poder: homens, brancos, proprietários, provenientes do ocidente geográfico e cultural, heterossexuais e seguidores da tradição cristã (BRAGATO, 2013, p. 83). As pessoas com deficiência, por não fazerem parte dessa parcela da sociedade, passam a ser parte dos grupos vulnerabilizados³, ou seja, que foram excluídos da promessa liberal de igualdade.

Com a existência de grupos vulnerabilizados, expõem-se as falhas da compreensão do princípio da igualdade, associado à dimensão meramente formal, pois, ao determinar que a lei trate a todos de forma igual, são reforçadas situações condenáveis de desigualdade e de preconceito, que resultam na privação de direitos a indivíduos e grupos que não fazem parte da parcela “selecionada” da sociedade.

Houve uma grande conquista de direitos pelas pessoas com deficiência, mas apenas formalmente. Conceitos que antes eram ultrapassados e preconceituosos foram superados por legislações inclusivas. Contudo, as pessoas com deficiência ainda encontram demasiados entraves e barreiras para o gozo de seus direitos,

³ Como alerta Bragato (2013, p. 83), a intenção da utilização do conceito “vulnerabilizado” é para que se frise que tais grupos de seres humanos não são naturalmente vulneráveis, mas foram tornados vulneráveis (vulnerabilizados) por aqueles que desenvolviam seus projetos de poder e dominação.

o que se relaciona diretamente com os reflexos históricos de que, “para justificar que alguns não tinham direitos, antes foi necessário afirmar que eles não eram seres humanos integrais” (BRAGATO, 2013, p. 83).

Atualmente, apesar do reconhecimento de muitos direitos na legislação, pode ser depreendido que muitos deles ainda são negados no momento de sua efetivação. As pessoas com deficiência sofreram e ainda sofrem com a discriminação.

É necessária a conscientização da proibição de qualquer tipo de discriminação, condenando-se o preconceito entre os indivíduos que vivem em sociedade. É nesse contexto em que se insere o novo Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que se caracteriza por ser uma legislação inclusiva, que surge para a garantia de condições materiais de igualdade. Afasta-se a leitura meramente formal do princípio igualitário, para se garantir que as diferenças reais sejam levadas em conta, e que todos os cidadãos possam gozar de seus direitos, sem nenhum tipo de privação.

5 DIGNIDADE HUMANA, RECONHECIMENTO E VALORIZAÇÃO DAS DIFERENÇAS ENTRE OS SERES HUMANOS

Um dos grandes inimigos daqueles que lutam pela efetivação do direito à igualdade é a forma de ordenação da sociedade contemporânea, balizada pelo “movimento das massas”. De forma breve, o que se pretende mencionar é que os tempos atuais são vividos de forma massificada: a sociedade se movimenta, informa-se e consome segundo padrões forjados “no atacado”, ou seja, o modo de vida atual deixa de lado as peculiaridades de cada ser humano, na medida em que investe em soluções prontas e universais para todas as questões. A mídia de massas, o ensino de massas, a cultura de massas... tudo se apresentando como se a sociedade fosse homogênea, com os mesmos gostos e anseios por todos os lados.

O problema central é que esse movimento de “uniformização”, que se intensifica cada vez mais com o passar dos dias, contribui para o entendimento de que todos são iguais – no sentido de que não há diferenças entre os seres humanos.

As já antigas lições de Elias Canetti (CANETTI, 2013, p. 16 e 17), sobre a formação das massas, trazem o retrato que, há muito tempo, vem se tornando regra nas relações sociais, especialmente após o surgimento das mídias de longo alcance: a homogeneização cultural através da massificação da sociedade – pressupõe-se uma igualdade, que na verdade não existe. Forja-se, na formação da massa, em seu momento crucial, a ideia de igualdade na massa, a partir de um movimento de *des-carga*, em que todos se tornam massa e passam a agir como tal

– distanciados de suas cargas privadas, os seres humanos passam a compartilhar de uma ideia de padronização e de homogeneização da humanidade, que passa a ter um único objetivo comum, racional, matemático, metodologicamente perseguido, encontrado e efetivado. “Contudo, o momento da descarga, tão cobiçado e feliz, encerra em si o seu próprio perigo. Padece de uma ilusão básica: embora sintam-se subitamente iguais, os homens não o são de fato, nem o são para sempre” (CANETTI, 2013, p. 16).

A necessidade de se garantir o *igual* acesso de todos a direitos e ao gozo da vida não significa, em hipótese alguma, que se deve desprezar ou apagar as diferenças entre os seres humanos e seus grupos.

Essa característica da sociedade massificada, de fazer esquecer as diferenças, é extremamente perniciosa para o debate sobre o direito à igualdade. Tratar da igualdade é tratar das condições para que todos gozem, da mesma forma, de seus direitos; é valorizar as diferenças, para conferir aos seres humanos as condições de concretização de seus direitos, de acordo com suas necessidades características.

No tocante ao presente trabalho, falar na busca pela igualdade e pela efetivação da cidadania das pessoas com deficiência significa garantir que o debate levará em conta e valorizará as diferenças inerentes a essas pessoas. Somente dessa maneira se possibilitará a construção de soluções adequadas às demandas desse grupo, afastando-se posturas discriminatórias, de modo a se compensar o atraso e se garantir que cessem os processos históricos de vulnerabilização.

No tocante à discriminação e submissão dessas pessoas, há que se verificar que sua exclusão da esfera da cidadania não se dá, via de regra, como com outros grupos vulnerabilizados, através da violência. Claramente, é de se mencionar que se trata de violência simbólica, mas a prática é de uma exclusão pela condescendência, de forma perene todos sentem dó das pessoas com deficiência, de modo a se negar o reconhecimento àquele grupo, por não serem “seres humanos integrais”.

As pessoas com deficiência são excluídas da participação cidadã em diversos momentos: pela ausência de estrutura urbana e arquitetônica apropriadas à concretização de seu direito de ir e vir; pela ausência de instituições de ensino preparadas para a diferença; pela própria incapacidade dos outros seres humanos de lidar com outras formas de existência...

No tocante à temática do reconhecimento, Charles Taylor (2011, p. 55) explica que a formação das identidades dos seres humanos (e de seus grupos) se dá de forma dialógica e constante, ou seja, a identidade não é gerada tão somente no âmbito da subjetividade, mas no convívio com outros seres humanos e outros

grupos de seres humanos, ou seja, as identidades são socialmente “negociadas”. Apresenta-se uma forma de ser, que será refletida pelas pessoas às quais é feita a apresentação. Esses reflexos gerarão uma resposta àquele que se apresentou, de modo que se confirme aquela forma de existência, ou se a negue de plano. Os efeitos dessa relação podem ser catastróficos, na medida em que se negue reconhecimento ou se realize um reconhecimento parcial, oblíquo.

A exigência de reconhecimento [...] adquire uma certa premência devido à suposta relação entre reconhecimento e identidade, significando este último termo qualquer coisa como a maneira como uma pessoa se define, como é que as suas características fundamentais fazem dela um ser humano. A tese consiste no facto de a nossa identidade ser formada, em parte, pela existência ou inexistência de reconhecimento e, muitas vezes, pelo reconhecimento *incorrecto* dos outros, podendo uma pessoa ou grupo de pessoas serem [sic.] realmente prejudicadas, serem alvo de uma verdadeira distorção, se aqueles que os rodeiam reflectirem uma imagem limitativa, de inferioridade ou de desprezo por eles mesmos. O não reconhecimento ou o reconhecimento *incorrecto* podem afectar negativamente, podem ser uma forma de agressão, reduzindo a pessoa a uma maneira de ser falsa, distorcida, que a restringe (TAYLOR, 1994, p. 45).

E, assim, é oportuno questionar: de qual forma as pessoas com deficiência podem gozar de reconhecimento, enquanto seres humanos integrais, sendo que a forma pela qual a sociedade se relaciona com elas toma o caminho totalmente oposto? Como podem se ver como cidadãos, dado que a própria organização e o planejamento arquitetônico da maior parte das cidades ignora essa forma de existência? Como participar de uma comunidade política que não as vê com a seriedade e as capacidades de cidadãs?

As respostas a essas indagações devem, necessariamente, levar em conta o fato de que só se garantirá a dignidade humana a essas pessoas quando se lhes reconhecer como seres humanos integrais, autônomos, com qualidades e incoerências próprias a todos os seres humanos. Em suma, há que se compreender essa outra forma de ser, diferente de todas as outras formas de existência – mas uma existência plenamente humana e merecedora de respeito e direitos.

Defender a dignidade humana, mas tendo por base os reflexos de um espelho da “racionalidade” e da matematicidade do saber, é tão pernicioso quanto não defendê-la. A construção dos Direitos Humanos deve se dar a partir da concretude diária: aí está a vida; aí se encontra a realidade do problema dos Direitos Humanos.

Não é (mais) possível buscar as soluções para os problemas, que se encontram na facticidade, a partir de fórmulas e métodos pré-determinados e forjados a partir de um ideal de exatidão e neutralidade do conhecimento humano. Construir e, principalmente, efetivar os Direitos Humanos, é algo que se deve realizar cotidianamente, em uma constante construção dialógica e ética das identidades e das necessidades de uma sociedade multicultural, a partir do conhecimento daquilo que se diferencia de si.

Sobre a forma de se conhecer o *outro*, Charles Taylor continua, dialogando com o pensamento do filósofo Hans-Georg Gadamer:

Com efeito, em relação a uma cultura suficientemente diferente da nossa, podemos ter apenas uma ideia confusa *ex ante* sobre o modo como a sua valiosa contribuição será prestada. Isto, porque, para uma cultura suficientemente diferente, a própria noção do que deve ser valorizado será, para nós, estranha. [...]. O que tem de acontecer é aquilo a que Gadamer chamou de uma “fusão de horizontes”. [...]. A “fusão de horizontes” funciona através do desenvolvimento de novos vocabulários de comparação, através dos quais poderemos articular estes contrastes (TAYLOR, 1994, p. 45, grifos no original).

Assim, só serão conferidos os direitos de cidadania às pessoas com deficiência a partir do momento em que a sociedade passar a compreender essa outra forma de existência, com todas as suas peculiaridades e necessidades, sem preconceitos e comparações discriminatórias, sem hierarquizações quanto a outros grupos de seres humanos. Todos são seres humanos plenos, com vontades, desejos e, sobretudo, direitos.

O momento que se vive, do surgimento de uma legislação extremamente avançada e inclusiva – como é o caso do Estatuto da Pessoa com Deficiência –, é muito fértil para o aprofundamento do debate sobre o direito ao reconhecimento e para a fixação dos sentidos da legislação, a partir de um referencial democrático e constitucional, na esteira da concretização da dignidade humana e da cidadania – não havendo mais escusas, sob a justificativa de ausência de lei que regulamente o exercício de determinados direitos, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro foi radicalmente alterado, para promover as referidas regulamentações, possibilitando-se, assim, a plena e verdadeira inclusão social das pessoas com deficiência.

CONCLUSÃO

Buscou-se, com o presente trabalho, desenvolver uma análise sobre o arcabouço legislativo relativo à proteção ao grupo vulnerabilizado das pessoas com deficiência, bem como sobre as possibilidades de concretização dessa proteção.

Verifica-se o reconhecimento legislativo desse grupo em diversos diplomas, desde a Constituição Federal, passando-se pelo Decreto 6949/2009, e chegando ao novo Estatuto da Pessoa com Deficiência – normas extremamente inovadoras e revolucionárias, que trazem consigo os mais atuais debates sobre dignidade humana, igualdade e inclusão.

Ocorre que pode ser verificado, também, um grande hiato na concretização desses direitos, fazendo-se sempre presente, a partir do reconhecimento formal, uma grande dificuldade de efetivação dos direitos conquistados. A realidade é que a falta de capacidade empática da sociedade brasileira, e o abandono da Filosofia pelo Direito, fizeram com que os discursos sobre o Direito se limitassem à sua técnica – não mais sendo possível, com o pouco aprofundamento teórico que se apresenta pela comunidade jurídica, tecer questionamentos e críticas que visem transformações da realidade social; o tecnicismo jurídico tem degradado o Direito, e tem se esquecido da realidade, criando ficções jurídicas e gerando absurdos de desigualdade.

A partir do constante recrudescimento de um conservadorismo cego e egoísta, da ausência de sensibilidade para o humano, da inexistência de interesse pelo real, delinea-se o imenso abismo que existe entre a lei e sua efetivação – entre os direitos de alguns poucos e os direitos de todos –, que se construiu a partir da hierarquização e fragmentação da realidade e da absolutização de conceitos, construídos unilateralmente por aqueles que sempre dominaram a produção cultural ocidental.

A forma de se garantir direitos, no decorrer da história, transformou-se em um artifício de classe, do grupo “padrão da humanidade”, que orquestrou todos os imaginários sobre o real, a partir de uma visão centrada no supermodelo do homem, branco, heterossexual, cristão, possuidor, moralista, intelectual, sem deficiências... O modelo supremo da humanidade laboratorial e castrada das possibilidades do real.

Essa forma de se conceber o mundo se refletiu grandemente no modo de se fazer o Direito e na forma de se fundamentar os direitos inerentes à dignidade humana: com base em uma “racionalidade”, classificou-se e etiquetou-se a humanidade, negando-se a natureza de humano para todos aqueles que não eram julgados como possuidores de racionalidade. Assim, explorou-se, matou-se e degradou-se toda a espécie humana tida como irracional: mulheres, negros, colonizados, homossexuais, ciganos, imigrantes, pessoas com deficiência – tudo com base em hierarquizações e conceituações abstratas sobre a realidade humana, política e social.

Os reflexos desse cenário se fazem mostrar nos resultados da presente investigação: apresenta-se um cenário em que se encontram as mais avançadas legislações

protetivas (Constituição, Convenção Internacional da ONU e Estatuto da Pessoa com Deficiência), entretanto, ainda se verifica uma baixa taxa de concretização de direitos para esse grupo – o que se relaciona, de forma direta, com a realidade fragmentada e de pouca manifestação, no Brasil, da ideia de Constituição normativa.

A possibilidade encontrada é a de se investir em uma superação do conceito formal de igualdade, ainda presente na maior parte do imaginário jurídico, para que se possibilite a efetivação dos direitos de cidadania das pessoas com deficiência. Para tanto, necessário se faz que se dê o devido reconhecimento a essas pessoas e às suas formas de vida – plenamente humanas e merecedoras de respeito, como todas as outras. É importante que sejam conhecidas as suas necessidades e anseios, de modo que todos, através de um olhar conjunto, reinventem a sua forma de relacionamento com esses cidadãos. Não são as pessoas com deficiência que devem se adaptar a uma sociedade doente, mas é essa sociedade que deve se curar e se adaptar para receber esses cidadãos, que sempre foram jogados para as sombras, para as margens, para fora do espaço público.

Para que se possa dar um passo adiante, é necessária a materialização desses direitos formalmente reconhecidos, para que, assim, o Direito possa cumprir a sua função de transformação da realidade social. O caminho para a realização da Constituição é, portanto, o de uma necessária renovação do imaginário jurídico, por meio da qual se possa compreender o significado do Estado Democrático de Direito, da nova sociedade e novos atores sociais que com eles surgem: é necessário olhar o novo com novos olhos. Para tanto, não é mais possível que se aceite, anemicamente, a condução do Direito a partir, apenas, das regras da técnica. Faz-se necessário o resgate da Filosofia *no* Direito, para que sejam possibilitadas novas inflexões críticas, de modo que, a esse último, seja asseverada a capacidade de mudança.

Superar esse cenário, de forma concreta e efetiva, passa pela necessidade de construção de um pensamento aberto e plural, que garanta o lugar de fala das vivências sólidas, duras, difíceis, realizando direitos a partir de cada lugar concreto da sociedade, de cada experiência humana plural, de forma intercultural, a partir de diálogos democráticos, e não da imposição de um horizonte de expectativas unilateral, que seja tido como o correto, o verdadeiro e o terminado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; PRADO, Adriana Romeiro de Almeida. Acessibilidade como condição: vagas reservadas e a decisão do TST. *Revista Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-22/acessibilidade-condicao-vagas-reservadas-decisao-tst>>. Acessado em: 24 dez. 2016.

_____. *A Proteção Constitucional das Pessoas com Deficiência*. Brasília: Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2011.

_____. Comentário ao artigo 3º. In: FERREIRA, Laíssa da Costa (Coord.). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 3. ed. atual. e rev. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acessado em: 30 set. 2016.

_____; MAIA, Mauricio. O novo conceito de Pessoa com Deficiência e a aplicação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência pelo Poder Judiciário no Brasil. *Rev. Incl.* v. 2. n. 3. 2015. Disponível em: <<http://www.revistainclusiones.cl/volumen-2-nb03/oficial-articulo-2015-dr-luiz-alberto-david-araujo-y-dr--28c29-mauricio-maia.pdf>>. Acessado em: 30 set. 2016.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direitos humanos no segundo pós-guerra: entre as respostas racionalistas da modernidade e o desafio das vulnerabilidades. In: ENGELMANN, Wilson; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. Mestrado e Doutorado. n. 09. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Direitos Humanos além da lógica formal do princípio da igualdade: uma leitura a partir do princípio da não discriminação. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em: 06 mai. 2017.

BRASIL. *Decreto 6949, de 25 de Agosto de 2009*. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acessado em: 06 mai. 2017.

BRASIL. *Lei 13146, de 06 de Julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acessado em: 06 mai. 2017.

CANETTI, Elias. *Massa e poder*. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches; FARIAS, Cristiano Chaves de; PINTO, Ronaldo Batista. *Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

GABRILLI, Mara. *Guia sobre a Lei Brasileira de Inclusão*. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://maragabrilli.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Guia-sobre-a-LBI-digital.pdf>>. Acessado em: 14 dez. 2016.

LOPES, Laís de Figueirêdo. Comentário ao artigo 1º. In: FERREIRA, Laíssa da Costa (Coord.). *Novos Comentários à Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência*. 3. ed. atual. e rev. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, 2014. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencao-sdpcd-novos-comentarios.pdf>>. Acessado em: 30 set. 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. Comentários ao artigo 1º, caput. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.).

Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ROVER, Tadeu. OAB pede para ingressar em ADI sobre ensino para deficientes. *Revista Consultor Jurídico*, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-05/advogados-pedem-ingressar-adi-ensino-deficientes>>. Acessado em: 24 dez. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TAYLOR, Charles. *A ética da autenticidade*. Tradução de Talyta Carvalho. São Paulo: Realizações, 2011.

_____. *Multiculturalismo*. Examinando a política de reconhecimento. Tradução de Marta Machado. Lisboa: Piaget, 1994.

UBERIZAÇÃO DO TRABALHO SOB A ÓTICA DO CONCEITO DE SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

UBERALIZATION OF WORK UNDER THE OPTICAL CONCEPT OF STRUCTURAL SUBORDINATION

Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Docente titular do Programa de graduação, mestrado e doutorado da Universidade de Marília – Marília – São Paulo (Brasil). Doutorado e Mestrado em Educação pela UNESP/Marília. Líder do grupo de pesquisa Globalização, soberania e neoliberalismo, inscrito regularmente no DGP/CNPq. Pós-doutoranda em Sociologia do Trabalho pela UNESP/Marília.

Lourival José de Oliveira

Doutor em Direito das Relações Sociais (PUC-SP). Docente titular do Programa de graduação, mestrado e doutorado da Universidade de Marília – Marília – São Paulo (Brasil). Professor Associado C da UEL.

Submetido em: 31/01/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5574>

Resumo: No contexto da reestruturação produtiva do capital, da chamada era globalizada, surgem diferentes condições de reestruturação também do mundo do trabalho. Ao tratar do contexto globalizado, é possível salientar duas questões centrais, o embricamento das economias, acarretando uma interdependência econômica das nações, e os avanços tecnológicos, considerado uma das molas propulsoras do referido processo. Como uma das consequências efetivadas pela mundialização do capital, as inovações tecnológicas, ao mesmo tempo em que promovem uma modernização sem precedentes em vários setores da sociedade, também acarretam liberação de mão-de-obra, por meio do chamado desemprego estrutural. Diante desse cenário, surgem novas formas de trabalho, dentre elas a empresa de transporte denominada UBER. O denominado sistema UBER acarretou o surgimento de diferentes papéis sociais possibilitando um novo mercado de trabalho, não mais atrelado à legislação trabalhista ou às condições contratuais. Com base na via interpretativa jurisprudencial, os dispositivos que regem a definição da relação de emprego e seus pressupostos devem ser analisados em busca da finalidade concreta de tutela almejada pelas normas trabalhistas. Para tanto, faz-se necessário compreender a relação de trabalho surgida do processo de uberização sob a ótica da subordinação estrutural, que permitirá oferecer aos trabalhadores envolvidos as

proteções oferecidas pelo Direito do Trabalho, na medida em que enfrentará a dinâmica reestruturante, demonstrando a continuidade da relação de emprego, em especial pelo elemento subordinação, que permanece existente.

Palavras-chave: Uberização; Trabalho; Subordinação estrutural.

Abstract: *In the context of capital productive restructuring, of the globalized era, different conditions of restructuring also arise in the world of work. Dealing with the globalized context, it is possible to emphasize two central issues: the enmeshment of economies, bringing about an economic interdependence of the nations, and technological advances, considered one of the driving forces behind this process. As one of the consequences of the globalization of capital, technological innovations, while promoting unprecedented modernization in various sectors of society, also lead to the release of labor through so-called structural unemployment. In this scenario, new forms of work arise, among them the transport company called UBER. The so-called UBER system led to the emergence of different social roles enabling a new labor market, no longer linked to labor legislation or contractual conditions. Based on the jurisprudential interpretative route, the provisions governing the definition of the employment relationship and its assumptions must be analyzed in search of the concrete purpose of protection sought by labor standards. In order to do so, it is necessary to understand the labor relationship arising from the uberization process from the point of view of structural subordination, which will allow to offer the workers involved the protections offered by Labor Law, as it will face the restructuring dynamics, demonstrating the continuity of the labor relationship, in particular by the subordination element, which remains extant.*

Keywords: *Uberization; Labor; Structural subordination.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O trabalho como riqueza social. 3. Globalização e as inovações tecnológicas. 4. Contexto do mundo do trabalho no Brasil. 5. UBER e a necessidade de proteção por meio da subordinação estrutural. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Como colocado por Otavio Ianni, desvendar os mistérios da globalização constitui um dos grandes desafios aos estudiosos no início do século XXI. Caracterizado como um processo ainda em continuidade, não conhecemos todas suas consequências, mas a humanidade já vivencia grande parte de seus efeitos. Nesse sentido, ressaltam-se as inovações tecnológicas como um dos principais resultados da reestruturação produtiva do capital.

Ao mesmo tempo em que promoveram expressivos avanços em determinadas áreas, como da saúde, por exemplo, as inovações tecnológicas intensificaram a exclusão digital como também social, pois parcela significativa da população ainda permanece à margem das inovações tecnológicas. Em relação direta com as inovações tecnológicas, o desemprego estrutural destaca-se durante os primeiros anos no novo século, favorecendo o crescimento do mercado de trabalho informal. Atualmente, no Brasil, o trabalho autônomo e o informal estão em processo de superação do subordinado, exigindo-se que o Direito Individual do

Trabalho, frente às novas formas contratuais de trabalho, em especial após a reforma trabalhista operada no Brasil (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017), continue apresentando um norte protetor.

Dentre as novas formas e relações de trabalho surgidas na atualidade, destaca-se a empresa UBER. Criada em 2010, nos Estados Unidos, as atividades desempenhadas pela empresa UBER destacam-se por constantes discussões e polêmicas, tanto no Brasil como no mundo. Em razão do formato empregado para oferta de serviços os parceiros da UBER são constantemente questionados até mesmo quanto à legalidade desse sistema de transporte. Dentre os questionamentos relativos à viabilidade e/ou legalidade da empresa Uber destaca-se a questão referente à forma de prestação de trabalho, ou seja, até que ponto as garantias trabalhistas são asseguradas nas relações de trabalho que se estabelecem entre a empresa UBER e os motoristas cadastrados? Haveria uma relação de emprego e, por consequência, a garantia a eles de todos os direitos sociais?

Nesse sentido, por meio de uma análise contextual das principais questões pertinentes ao tema proposto, o presente texto busca a compreensão da relação de trabalho entre os motoristas do aplicativo UBER, levando em conta o conceito e os métodos empregados pela chamada subordinação estrutural.

2 O TRABALHO COMO RIQUEZA SOCIAL

Desde o início dos tempos o trabalho pode ser definido como o dispêndio de energia para a transformação de elementos da natureza visando à manutenção da espécie, ou melhor, para a sobrevivência dos seres vivos. Inegavelmente há uma grande distância entre o trabalho exercido pela espécie humana e o trabalho exercido pelas demais espécies. O homem diferencia-se pela antecipação subjetiva da objetivação de sua ação, ou seja, ao transformar a natureza o homem inaugura uma nova e exclusiva forma de exercer “trabalho”.

Pressupomos o trabalho numa forma em que pertence exclusivamente ao homem. Uma aranha executa funções diferentes ao tecelão, e a abelha envergonha mais de um arquiteto humano com a construção dos favos de suas colmeias. Mas o que distingue, de antemão, o pior arquiteto da melhor abelha é que ele construiu o favo em sua cabeça, antes de construí-lo em cera. No fim do processo de trabalho obtém-se um resultado que já no início deste existiu na imaginação do trabalhador, e, portanto, idealmente (MARX, 1985, p. 149-150).

Com a Revolução Burguesa (1789, na França), o trabalho humano passou a ser o principal gerador de riqueza do sistema capitalista. Mas, de que forma ocorrem as

transformações na humanidade? Como se faz a História, ou seja, como as instituições são criadas e se transformam? Segundo a teoria marxista todas as transformações têm origem em sua base material, ou seja, a História da humanidade originou-se por meio de um jogo de forças entre a base material, o plano físico, palpável e a base ideológica, ou seja, o conjunto de ideias e as instituições políticas, econômicas ou sociais. Segundo essa concepção, todas as transformações ocorridas em termos de desenvolvimento político-econômico partiram de determinadas necessidades da realidade (infraestrutura), alterando o plano ideológico (superestrutura) para, posteriormente, retornar e transformar a realidade (MARX, 1982, p. 82).

Em síntese, transformações do plano material provocam o surgimento de novas necessidades e o plano ideológico se altera para atender a essas necessidades, fechando um ciclo de transformações, compreendendo não somente as estruturas econômicas de uma sociedade, mas essencialmente as instituições ideológicas, como a religião, o sistema educacional, as instituições políticas e o complexo ordenamento jurídico.

Segundo a concepção materialista da História, as transformações dos modos de produção existentes até então são produto do embate entre as forças produtivas e as relações de produção de um dado contexto histórico. As primeiras podem ser definidas como meios (instrumentos), objetos (matéria prima) e força de trabalho (energia humana). As “relações de produção” dividem-se em relações técnicas e relações sociais de produção.

Dependendo do modo de produção existente em determinado contexto histórico, as relações sociais apresentam-se de forma diferenciada: modo de produção em que há propriedade coletiva dos meios de produção: relações de cooperação e solidariedade entre indivíduos; modo de produção que predomina a propriedade privada dos meios de produção: relações antagônicas e competitivas entre os indivíduos.

No momento em que as forças produtivas não mais correspondem às relações de produção existentes até então, temos a passagem de um modo de produção para outro. Dessa forma é possível evidenciar o caráter transitório dos diferentes modos de produção e consequente mutação dos papéis sociais criados pelos diferentes contextos.

A economia é privada e por meio dela monta-se o estudo de uma competitividade sem precedentes que tende a concentrar capital a ponto de eliminar os competidores e caminhar para a construção de monopólio. Uma dentre as principais condições para atingir este objetivo passa a ser a desregulamentação e liberdade de mercado sem interferência do Estado e as novas tecnologias parecem ter também esse propósito quando aplicadas nas relações de trabalho.

E como se encontra a organização do trabalho (ou divisão do trabalho) neste mundo globalizado? As empresas se redimensionaram, alterações são feitas todos os dias, sempre em busca de melhorar a produtividade e aumentar a competitividade. O trabalho imaterial e criativo ganha peso por conta de que a máquina já está podendo fazer o resto.

Claude Javillier consagrou a expressão “flexibilização de adaptação”, que não pode ser confundida com a flexibilização e desregulamentação da forma como muitas vezes é colocada, quase como sinônimo do contratualismo que imperou na Inglaterra pós-Revolução Industrial (JAVILLIER, 1998, p. 30-31).

Segundo Dinaura Gomes, citando Renato Rua de Almeida,

[...] a busca da empregabilidade e a proteção do consumidor face ao mundo globalizado e à alta competitividade entre as empresas passaram a exigir, sobretudo em relação às pequenas e médias empresas, por serem as grandes promotoras de emprego, conforme a Recomendação n. 189 de 1988 da Organização Internacional do Trabalho, a flexibilização de adaptação (expressão consagrada por Jean-Claude Javillier) das normas protecionistas dos paradigmas tradicionais do Direito do Trabalho, representados pela visão clássica da legislação imperativa e pela visão promocional da convenção ou acordo coletivo de trabalho (GOMES, 2003, p. 02).

Com base nessa concepção é possível uma primeira aproximação com o atual contexto, em que as condições da realidade (base física-infraestrutura) tornaram possível o surgimento de novas relações de trabalho (base ideológica-superestrutura), decorrente de um momento único, presente na era globalizada. Trata-se de um dos resultados do gigantesco avanço tecnológico e de profundas transformações nas economias das nações mundializadas.

O denominado sistema UBER, por exemplo, acarretou o surgimento de diferentes papéis sociais possibilitando um novo mercado de trabalho, não mais atrelado à legislação trabalhista ou às condições contratuais, mas condicionado à racionalidade (neo)liberal.

[...] a tecnologia costuma ser empregada como algo ‘externo’ à humanidade e indiferente à sua sorte [...] Ela torna-se uma ameaça, brandida regularmente, como maneira específica de eliminar de eliminar trabalho (isto é, emprego) na vida social, substituindo os seres concretos em funções que, doravante, serão eliminadas pelo uso de tal ou qual método ou tecnologia. A tecnologia é simultaneamente ameaça difusa de desemprego e promessa do fim do trabalho (FONTES, 2017, p. 50).

Com o sistema UBER, que se constitui em exemplo de processo de automação, como também no objeto do presente estudo, inaugura-se um contexto diferenciado, dinâmico, moderno, ao mesmo tempo em que evidenciam características próprias ao modo de produção capitalista, trabalhadores expropriados de direitos básicos, anteriormente assegurados pela legislação trabalhista.

3 GLOBALIZAÇÃO E AS INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS

O século XXI certamente deu início a um novo contexto, não somente político e econômico, mas essencialmente cultural. Com a nova ordem mundial presenciamos transformações de hábitos e costumes cristalizados pelo tempo, retratando e fundamentando o caráter evolutivo e aditivo da cultura. A cada nova geração a humanidade vivencia acréscimos à cultura anterior, transformando antigos hábitos e inserindo novos costumes.

O fenômeno da globalização não se constitui apenas enquanto algo econômico. Diz respeito também ao social, ao político, o que significa que transcende a questão do espaço nacional. Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

É porque esse fenômeno provoca uma inelutável transformação estrutural qualitativa nas sociedades e em suas expressões políticas contemporâneas, é que sua natureza necessita ser cuidadosamente e competentemente analisada para que possa ser compreendida, como condição de êxito das reformas político-institucionais que estejam ou venham a ser empreendidas em nosso, como em qualquer outro país (MOREIRA NETO, 1996, p. 135).

Esse fenômeno econômico, político e social, que provoca transformações na estrutura da sociedade, deve-se a uma enormidade de fatores. Dentre eles ressalta-se a chamada revolução tecnológica, com inovações que foram introduzidas nos sistemas de produção, condenando, por assim dizer, o chamado antigo modelo “fordista” de produção, quando o Estado desempenhava um papel “corretivo de disfunções e falhas do sistema”, ao mesmo tempo que assumia o encargo de ser o principal agente do desenvolvimento.

Segundo Rossi, foi deflagrado um movimento chamado de “estatismo”, com a explosão de demandas cada vez maiores por serviços públicos de baixo custo e por infraestruturas antes não exploradas pela iniciativa privada em razão do crescimento das “motivações estratégicas e geopolíticas” de cada país, obrigando o Estado a aumentar o seu tamanho para satisfazer essas necessidades (ROSSI, 1995, p. 229-230).

Retornando às lições de Diogo Neto (1996), a contar do final da Segunda Guerra Mundial (1945), o modelo fordista foi se deformando, apresentando sinais de incapacidade para absorver as mudanças tecnológicas. Na medida em que foram introduzidas novas tecnologias na produção, tornou-se irrelevante o lugar da produção. Conseqüentemente, a importância do Estado, os déficits estruturais acumulados, o desemprego formado pelo desequilíbrio entre a produção e o consumo, enfim, uma série de fatores, acabaram por fazer com que o Estado não mais viesse a desempenhar o seu papel de impulsionador da economia.

Dessa maneira, vem a primeira comprovação de que a globalização não é apenas econômica. Ou seja, com a alteração das formas de participação do Estado ou alteração da sua importância no sistema de produção ocorre uma transformação no sistema de poder, com conseqüentes movimentos de reforma constitucional em vários países (exemplo: França, México, Peru, Venezuela, Argentina, Brasil e outros). São mudanças nacionais e internacionais, levando à formação de blocos econômicos, como por exemplo o da União Europeia, trazendo à criação de organizações internacionais como é o caso da Organização Mundial do Comércio.

No campo jurídico tem-se a criação de novas fontes de direito, locais, regionais, autônomas, como é o caso da chamada transconstitucionalização. Mudanças nos conceitos sociais, na cultura local, no comportamento comprovam as alterações sociais geradas pela globalização. Enfim, a alteração da participação do Estado gera nova estrutura política, social e conseqüentemente do Direito. Quanto a este, faz emergir a necessidade de uma nova equação, partindo-se do pressuposto de que o Direito está a serviço dos interesses da sociedade, tendo-se que esta nova sociedade passou por mudanças nos seus interesses, o que também requer readaptação de conceitos, de institutos, sob pena de o Direito não apreender esta nova realidade já existente.

No período anterior aos efeitos da globalização tinha-se o Estado provedor, social, e a relação de emprego era tratada em nível de importância como questão pública. Com a globalização, tem-se uma nova dimensão para esta mesma relação, deslocando-se do Estado (que perde sua importância pela não superação da crise social), com o surgimento de novas esferas de competência, que passa a ser a empresa, com o contrato de trabalho tornando-se o centro gravitacional de discussão. Para Antônio Lettieri:

A novidade da globalização não está na abertura progressiva dos mercados, mas na sua extraordinária aceleração. O tempo é um fator determinante. A ampliação dos mercados, as mudanças na divisão internacional do trabalho, sempre implicaram reestruturações, crises, desequilíbrios dos velhos aparatos produtivos. Mas os efeitos sociais são mais ou me-

nos traumáticos conforme a duração do ajuste. Hoje, a velocidade imposta particularmente pelos movimentos financeiros restringe o tempo do ajuste até anulá-los. As terapias de choque, aplicadas nos países em transição são o melhor exemplo disso. Na realidade, é negado o tempo de transição. Onde havia uma economia planejada, com todas as suas ineficiências, intervém, como no Leste europeu, e sobretudo na Rússia, uma liberalização repentina e selvagem. As velhas instituições são abolidas antes que se formem as novas (LETTIERI, 1998, p. 84).

O novo cenário mundial trouxe várias inquietações, não somente quanto às consequências de sua implantação, mas essencialmente quanto às transformações da era global. Tendo em vista a necessidade conceitual do atual processo, alguns denominam a globalização como planetarização, outros como mundialização e ainda como americanização, indicando, nesse caso, uma acentuação do poderio norte-americano sobre o restante do planeta.

Apesar da polêmica conceitual em torno do atual contexto, é possível identificar certo consenso quanto às consequências da mundialização do capital financeiro e econômico. Em termos econômicos, a maioria dos países envolvidos no processo adotou certas medidas/recomendações para promover o desenvolvimento na era globalizada: estabilização monetária, disciplina fiscal, priorização dos gastos públicos, reforma tributária, liberalização financeira e comercial, regime cambial, investimento direto estrangeiro, privatização, desregulação e propriedade intelectual (CARCANHOLO, 1988, p. 25).

Determinadas medidas econômicas foram viabilizadas por um programa político específico, o denominado *neoliberalismo*. O programa neoliberal possibilita a implantação de reformas necessárias ao desenvolvimento e reprodução do capitalismo financeiro, podendo ser caracterizado como a sua *expressão política*.

Ao tratar do contexto globalizado, é possível salientar duas questões centrais, o embricamento das economias, acarretando uma interdependência econômica das nações, e os avanços tecnológicos, considerado uma das molas propulsoras do referido processo.

Segundo Giovanni Alves, a rede mundial de computadores – Internet – constitui o arcabouço midiático da financeirização:

O desenvolvimento do ciberespaço na última década do século XX é um produto legítimo – e avançado – da Terceira Revolução Científico-Tecnológica. Ele é um dos importantes avanços no campo da comunicação informatizada, ou telemática, a partir dos anos 80 que contribuiu para impulsionar a mundialização do capital. Na verdade, a Internet se cons-

tituiu no arcabouço midiático de uma nova etapa do capitalismo mundial, cuja principal característica é o predomínio da financeirização (ALVES, 1999, p.169).

Os avanços tecnológicos estreitaram as relações comerciais, possibilitando transações de grande quantidade de capital fictício ou virtual em tempo real, além de acentuar o fluxo de ideias e informações. A “facilidade” de comunicação e transações financeiras entre as empresas e até mesmo entre os blocos econômicos promoveram a expansão da economia global.

Não há como questionar os benefícios trazidos pelas inovações tecnológicas, a “universalização” do acesso à telefonia fixa e móvel, por exemplo, permitiu um aumento da qualidade na oferta do serviço, além da maior facilidade de aquisição de linhas e aparelhos, em razão do desenvolvimento de *hardwares* e *softwares* muito mais acessíveis.

Segundo o relatório “Economia da Informação 2017: Digitalização, Comércio e Desenvolvimento”, publicado pela Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e desenvolvimento – UNCTAD, o acesso à rede mundial de computadores vem crescendo vertiginosamente em todo o mundo. No Brasil, 59% da população está em conexão com a internet de alguma forma, seja via telefonia ou por meio das redes sociais. Pelo ranking mundial, o Brasil (120 milhões) está abaixo dos Estados Unidos (242 milhões) e da Índia (333 milhões), mas acima do Japão (188 milhões), Alemanha (72 milhões) e Reino Unido (59 milhões) (UNCTAD, 2017).

As inovações tecnológicas certamente acarretaram significativos avanços em termos culturais, pois diferentes culturas são conectadas em tempo real, possibilitando a socialização de hábitos, costumes e tradições e promovendo ainda mais a miscigenação cultural. Por outro lado, intensificou a denominada exclusão digital, pois, embora o avanço tenha sido expressivo, parcela significativa da população ainda permanece à margem das inovações tecnológicas. A parcela dos excluídos, tanto digitais como também sociais, que naturalmente são colocados nessa condição pelo próprio sistema capitalista, agora habitam um universo paralelo, alheio às inovações tecnológicas.

4 CONTEXTO DO MUNDO DO TRABALHO NO BRASIL

Outro aspecto das inovações tecnológicas que merece ser destacado diz respeito à introdução das novas tecnologias no processo produtivo, principalmente na metalurgia e indústria automobilística. Tal condição acarretou o chamado *desemprego estrutural*, responsável pela liberação de um expressivo número de trabalhadores do mercado de trabalho. A questão do desemprego estrutural na

atualidade difere do chamado *desemprego cíclico* que se verificava em momentos de recessão econômica, onde a mão-de-obra liberada poderia ser reabsorvida pelo mercado em um período de alta produtividade. Por outro lado, o desemprego provocado pela crescente automação do processo produtivo (robótica, cibernética) dificilmente reabsorveria a mão-de-obra dispensada pelo mercado, provocando altos índices de desemprego.

No Brasil, a intensificação da automação industrial e o aumento do desemprego estrutural deu-se durante a década de 1990, período em que foram adotadas determinadas medidas com o objetivo da inserção do país no mercado mundial, como, por exemplo, o Plano Real e a abertura do mercado. Nota-se o aumento considerável da taxa de desemprego no final da década, momento em que as consequências da reestruturação produtiva no Brasil se evidenciaram.

Gráfico 1 – Taxa de desemprego aberto – Todas as regiões metropolitanas

Ano	Taxa de desocupação	Ano	Taxa de desemprego aberto	Ano	Taxa de desemprego aberto
Jan/1991	5,672	Jan/1994	5,927	Jan/1997	5,495
Jan/1992	5,255	Jan/1995	4,675	Jan/1998	7,946
Jan/1993	6,457	Jan/1996	5,568	Jan/1999	8,441
				Jan/2000	8,352

Elaborado pelos autores

Fonte: IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego dez/1991 a dez/2002.

Embora os dados demonstrem um aumento no poder aquisitivo dos brasileiros, na primeira década de 2000, principalmente em razão das políticas de redistribuição de renda (programas sociais como o Bolsa Família), houve uma reversão nos indicadores após 2014, momento em que se evidencia a crise político econômica. Dados do IBGE, que retratam a relação entre PIB *per capita* e o consumo das famílias brasileiras, demonstram claramente a condição desigual dos cidadãos brasileiros perante a desaceleração econômica, pois em 2010 foi observada uma variação de 6,5 do PIB para 6,2 do poder aquisitivo dos brasileiros. Já no ano de 2015 essa variação foi de -4,3 do PIB para -3,2 do poder aquisitivo (IBGE, 2017).

Embora inegáveis os pontos positivos do desenvolvimento tecnológico, há que se considerar o custo social da questão, pois, além da intensificação da exclusão social e o expressivo desemprego estrutural das últimas décadas, ainda foi utilizado como justificativa da necessidade de alteração na legislação trabalhista

no Brasil. Segundo discurso da época, a modernização das relações trabalhistas surge como uma das principais medidas para promover o crescimento do país e reverter o quadro de crise/recessão econômica. Dessa forma, concluiu-se que a legislação trabalhista vigente até então - Consolidação das Leis do Trabalho/1943 -, não corresponde ao contexto, tornando-se obsoleta, pois, segundo a Confederação Nacional da Indústria, foi elaborada em um momento histórico onde a industrialização era incipiente e a base do trabalho ainda era a agricultura (CNI, 2012, p. 16).

Em um conturbado contexto político e após um curto período de negociação entre sindicatos e organizações de defesa dos trabalhadores, em julho de 2017 foi aprovada a Lei 13.467/2017, onde foram alterados vários artigos da CLT/1943, como, por exemplo, fracionamento das férias em três períodos, trabalho intermitente, negociação coletiva, teletrabalho, dentre outros.

Com base na argumentação da necessidade de modernizar as relações de trabalho no Brasil, a Reforma Trabalhista alterou de forma substancial as relações de trabalho, ainda que sujeita às mais variadas críticas, pois “são diversas suas contradições internas e numerosos os contrassensos” (SILVA, 2017, p. 12). Certamente a viabilidade ou não da reformulação da legislação trabalhista merece um estudo a parte, o que não corresponde ao objetivo da presente exposição.

Polêmicas à parte, as últimas duas décadas no Brasil representaram um período marcado pelos avanços tecnológicos provenientes do contexto mundial. Atrelada às inovações tecnológicas estão a acentuação das desigualdades sociais, expressa também pelo aumento da chamada exclusão digital/social, pelo crescimento do desemprego estrutural e conseqüente acentuação da economia informal e uma tendência à redução do emprego formal, pois “desde 2014, o País perde, em média, 1 milhão de postos com carteira assinada por ano” (CARTA CAPITAL, 2018).

Dessa forma que, seguindo a tendência mundial, em 2014 a empresa de transporte particular chamada UBER encontra as condições ideais para sua expansão no Brasil, ainda que cercada por polêmicas quanto à legalidade de suas atividades.

5 UBER E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO POR MEIO DA SUBORDINAÇÃO ESTRUTURAL

É difícil não debater a aproximação entre a Economia e o Direito. Basta dizer da valoração normativa que o Direito atribui a uma diversidade de fenômenos econômicos. Atualmente, grandes evoluções tecnológicas, que possuem reper-

cussões econômicas, são objetos de estudos e tentativas de regulamentação pelo Direito.

Pode ser afirmado que qualquer agente econômico, como exemplo, uma grande inovação tecnológica como é o carro autônomo ou de uma montadora de veículos automotores, que estará disposta a instalar sua fábrica neste ou naquele país, levando-se em conta as condicionantes normativas (limites jurídicos impostos, proteção ambiental, valor da mão de obra), produzirá diretamente resultados no mercado de trabalho.

Resta por último indagar sobre a incoerência do atual modo de vida, criado a partir da exploração do trabalho humano e os princípios que compõem a Constituição Federal, passando pela crítica às inovações tecnológicas, segundo o modelo imposto internacionalmente a partir do final do século XX. Em outras palavras, unir o que até aqui foi dito, de forma crítica e construtiva, levando-se em conta o que constitucionalmente é garantido ao valor do trabalho humano, que se constitui no fundamento da República (artigo 1º, IV da C.F.).

Atualmente, no Brasil, o trabalho autônomo e o informal estão em processo de superação do subordinado, exigindo-se que o Direito Individual do Trabalho, frente às novas formas contratuais de trabalho, em especial após a reforma trabalhista operada no Brasil (Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017), continue apresentando um norte protetor.

Diante também do desenvolvimento tecnológico e da descentralização dos processos produtivos no âmbito empresarial (por exemplo, o trabalho à distância, o teletrabalho e a alta especialização do conhecimento), o trabalhador tem mais liberdade na execução da prestação de serviços, revelando a relativização da subordinação jurídica do empregado ou mesmo a necessidade de redefinição e ampliação desse conceito (ALVARENGA, 2014, p. 77).

Ao se deparar com contratos que possuem o trabalho humano como seu objeto e que estejam rodeados de dúvidas acerca da presença da subordinação jurídica, a doutrina e a jurisprudência têm optado por outros caminhos interpretativos na configuração do vínculo empregatício, na tentativa de redefinir o conceito ou compreensão de dependência econômica (GOULART, 2012, p. 203).

O conceito clássico de subordinação jurídica levava a excluir do âmbito de incidência do Direito do Trabalho vários trabalhadores que necessitavam de sua tutela e que, no entanto, não se enquadravam no conceito parcial e restrito adotado, como é o caso dos trabalhadores a domicílio, os altos empregados e os trabalhadores intelectuais, podendo aqui também ser citados os trabalhadores que prestam serviços através do aplicativo, por exemplo o UBER.

Para Oliveira (2007, p. 21), o conceito de subordinação jurídica estaria desbotado por englobar um número reduzido de trabalhadores, propondo uma ruptura com o monopólio daquela concepção como único (ou principal) critério definidor para ser obtida ou restaurada a proteção ao trabalho.

É possível afirmar que a hipossuficiência é o elemento que gera a necessidade de tutela do empregado e, atualmente, vários trabalhadores hipossuficientes não se enquadram na noção de subordinação clássica, carecendo do manto protetor do Direito do Trabalho e, mais, fazem jus a ele (PORTO, 2009, p. 201).

Desse modo, esse ramo do direito não pode simplesmente “proteger” o empregado, mas, sim, “[...] regular a relação de trabalho para realizar o ideal de justiça mediante a previsão de garantias que compensem a inicial desigualdade social e econômica entre os sujeitos da relação” (ROMITA, 2005, p. 40).

A partir dessa perspectiva, com base na via interpretativa jurisprudencial, os dispositivos que regem a definição da relação de emprego e seus pressupostos devem ser analisados em busca da finalidade concreta de tutela almejada pelas normas trabalhistas.

A economia moderna, conforme já demonstrado, sob o manto da estrutura clássica do Direito do Trabalho, cria outros segmentos, fragilizados, promovendo a fragmentação do trabalho humano através da criação de novos seguimentos que finalisticamente estão promovendo a precarização do trabalho. Uma grande parcela do desemprego é resultado da dispensa do titular de emprego formal, substituído pelo emprego informal ou pela tecnologia, que extingue o posto de trabalho tornado vago pela dispensa. Ou ainda, no caso do UBER, ocupado por trabalhadores que em boa parte das vezes acumula várias formas de prestação de serviços como maneira de sobrevivência, acarretando aumento de jornadas de trabalho dentre outras consequências.

Dando continuidade ao estudo, agora de forma mais detalhada, criada em 2010 nos Estados Unidos, as atividades desempenhadas pela empresa UBER destacam-se por constantes discussões e polêmicas, tanto no Brasil como no mundo. Em razão do formato empregado para oferta de serviços os parceiros da UBER são constantemente questionados até mesmo quanto à legalidade desse sistema de transporte.

Segundo Trebor Schools, citado por Milena:

Apesar da grande diversidade de aplicativos a disposição do consumidor, esse é um mercado praticamente oligopolizado na atualidade. A prova disso está no seu aparelho de celular onde, muito provavelmente, os apps que você utiliza receberam investimentos da Google, Amazon

ou Microsoft. Esse pequeno e forte grupo também está por trás do capital investido nos aplicativos de prestação de serviços mais acessados no mundo, como Uber e Airbnb. O alerta é do professor de cultura e mídia digital da The New School, de Nova York, Trebor Scholz, autor de 'Cooperativismo de Plataforma: contestando a economia do compartilhamento corporativa', que acaba de chegar ao Brasil pelas editoras Autonomia Literária e Elefante e a Fundação Rosa Luxemburgo [...] Mas existe um lado oculto desse modelo de negócios, que ganhou o nome de Uberização do trabalho, como explicou ao GGN o tradutor do livro, Rafael Zanatta, que também é pesquisador na área de tecnologias digitais: "Uberização é um conceito usado para designar esse tipo de economia, no qual você tem pares oferecendo um serviço ou um produto, uma relação de troca, mas, no meio, você tem um intermediário extraíndo valor dessas partes e não estabelecendo uma relação de trabalho formal com elas". Os donos das plataformas detêm, em média, 25% a 30% do valor dos serviços prestados, sem um contrato que assegure direitos trabalhistas. Outros dois pontos negativos levantados por Scholz é a transformação desses serviços em verdadeiras commodities e, ainda, a invasão da privacidade em nível massivo dos usuários que, para baixar esses apps, são obrigados a aceitar contratos que têm, como contrapartida, o acesso dos seus dados pessoais. Por isso, o pesquisador chama de "ilegal" a metodologia dessas plataformas que acabam tornando o Direito nulo: 'Nenhuma delas respeita relações pré-existentes dos setores onde prestam serviços', ressaltou (MILENA, 2017, p. 01).

Por isso a grande missão do moderno Direito do Trabalho é sistematizar os diferentes modelos, dar-lhes contorno jurídico adequado e atribuir-lhes direitos e deveres peculiares à sua natureza predominante, levando-se em conta essa nova realidade, de forma a atender as finalidades de proteção ao trabalho humano.

O aplicativo UBER disponibiliza uma plataforma tecnológica que permite a comunicação entre motoristas previamente cadastrados e pessoas interessadas em contratá-los para o transporte individual. Os motoristas contratados são "empreendedores individuais", que estão comprometidos ao pagamento de 20% do valor que recebem dos passageiros que utilizaram o serviço. Esse repasse à empresa UBER corresponde ao uso do aplicativo (SARMENTO, 2015).

O principal questionamento quanto ao aplicativo UBER decorre da oferta de serviços legalizados por empresas de frotas de táxis, até então as empresas que monopolizavam o transporte público individual de passageiros. Os motoristas UBER foram rotulados de serviço de "táxi clandestino".

Por ser um aplicativo de âmbito mundial, a empresa UBER está sujeita às controvérsias jurídicas também em outros países, como na Espanha e na Alemanha, onde se discutem questões de natureza tributária e concorrencial. Nesse sentido, ressalta-se que o entendimento consiste na equiparação entre os motoristas UBER e motoristas de táxi no que diz respeito ao atendimento das exigências para a garantia da perspectiva concorrencial (FERRER; MOLICA, 2017, p.790).

O impacto do sistema UBER no contexto nacional foi tão expressivo que acabou gerando novos termos, como a “uberização do trabalho”, assim como um novo verbo “uberizar” (FONTES, 2017, p. 54).

O denominado contexto da “uberização do trabalho” desde o início foi marcado por questionamentos e inquietações, onde determinadas correntes enaltecem o sistema UBER como meio alternativo de transporte, quebrando o monopólio até então existente dos proprietários das frotas de táxi. Por outro lado, concepções contrárias colocam o sistema UBER como a expressão máxima da expropriação dos direitos trabalhistas, retratando a absoluta ausência dos direitos e garantias legalmente constituídos. Para Kalleberg:

A precariedade está intimamente relacionada à percepção de insegurança no trabalho. Embora existam diferenças individuais na percepção da insegurança e do risco, as pessoas têm, em geral, cada vez mais medo de perder seu emprego – em grande parte porque as consequências dessa perda se tornaram muito mais graves nos últimos anos – e estão menos seguras de conseguir postos comparáveis. [...] Mudanças em instituições legais e outras mediaram os impactos da globalização e da tecnologia no trabalho e nas relações de emprego. Os sindicatos continuaram a declinar, enfraquecendo uma fonte tradicional de garantias e de proteções aos trabalhadores e rompendo o contrato social entre capital e trabalho do pós-guerra. As regulamentações governamentais que estabeleciam os mínimos padrões aceitáveis no mercado de trabalho erodiram com as normas que governavam a competição no mercado de produtos. Os sindicatos declinaram, e a desregulação trabalhista e econômica reduziu o poder das forças de equilíbrio que permitiam aos trabalhadores compartilhar ganhos de produção. Com isso, a balança do poder pendeu dos trabalhadores para os empregadores (KALLEBERG, 2010, p. 52).

Relativo ao contexto do trabalho precarizado, Vitor Hugo Firmino (2018, p. 5) coloca que:

As relações entre motorista-Uber mostram uma grande questão levantada por Zygmunt Bauman. O desinteresse pelo vínculo no trabalho demonstra uma grande decadência não só nas questões trabalhistas, mas

também nas relações indivíduos-sociedade. A tecnologia influenciando a forma de relações, ao mesmo tempo que deixa tudo mais perto/conectado, é tudo facilmente desconectado. Sendo o maior atrativo dessa modernidade: a facilidade de se desconectar, é tudo muito líquido. Fazendo que a modernidade seja marcada pela efemeridade e a insegurança.

A compreensão da relação de trabalho sob o conceito da subordinação estrutural, promovendo a ampliação dos limites do Direito do Trabalho, pode ser um dos meios capazes de enfrentar essa nova dinâmica de proteção ao trabalho humano. Ou seja, valer-se do núcleo essencial da prestação de trabalho onde o trabalhador está estruturalmente vinculado à dinâmica operativa da atividade do tomador de serviços, não sendo importante que ele receba ordens diretas das respectivas chefias ou que ele se harmonize (ou não) aos objetivos do empreendimento (DELGADO, 2016, p. 314).

Valer-se do critério finalístico de proteção ao trabalho humano, conforme artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, como também os objetivos contidos na ordem econômica constitucional (artigo 170 da C.F), que acabam por dar complemento e fundamento suficiente para a ampliação protetiva do Direito do Trabalho, tornando-se capaz de enfrentar as variáveis (dinâmica) de prestação do trabalho humano. Os dispositivos constitucionais aqui citados se consubstanciam no conceito de subordinação estrutural.

Dessa maneira, é importante a caracterização do vínculo empregatício, levando-se em conta a expansão conceitual promovida pela subordinação estrutural, na medida em que, para as grandes camadas populacionais, o emprego regulado e protegido por normas jurídicas torna-se o instrumento de garantia de sobrevivência do trabalhador, responsável pela manutenção de condições dignas de saúde, educação, moradia, e deverá ser preservado e protegido pela legislação trabalhista. Além do que, por ser a parte mais frágil da relação, deverá ser considerado hipossuficiente.

CONCLUSÃO

Em meio às transformações decorrentes do contexto mundial, o mundo do trabalho também foi cenário de expressivas alterações, tanto nas relações de trabalho quanto nas questões contratuais. Nesse sentido, as inovações tecnológicas foram as principais responsáveis pela transformação do mundo do trabalho, pois ao mesmo tempo em que promoveram a mudança nos processos produtivos, acentuaram também a informalidade das relações de trabalho, de modo a tentar fazer prevalecer as condições contratuais estabelecidas pela empresa UBER

como o único regramento a prevalecer. Inclusive, desprezando a diferença fática existente entre a empresa e os trabalhadores, no caso estudado o motorista, que participam diretamente como contratados.

Desta forma, a compreensão da relação de trabalho sob o conceito da subordinação estrutural, promovendo a ampliação dos limites do Direito do Trabalho, pode ser um dos meios capazes de enfrentar essa nova dinâmica de proteção ao trabalho humano.

Ter um novo entendimento do conceito de subordinação, deixando a forma clássica e levando em conta as mudanças ocorridas na forma de prestação e trabalho, em especial a finalidade principal constitucional estabelecida, que é a proteção do trabalho humano; como consequência do primeiro, resguardar de forma efetiva a dignidade da pessoa humana, assegurando ao trabalhador melhores condições de vida (artigo 7º da C.F.); e fazer valer que a relação de emprego e as garantias dela decorrentes sejam efetivamente concretizadas através de instrumentos processuais econômicos e ágeis.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O teletrabalho e a subordinação estrutural. *Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, PR, v. 3, n. 33, p. 71-84, set. 2014.

ALVES, Giovanni. *Trabalho e mundialização do capital; a nova degradação do trabalho na era da globalização*. São Paulo: Praxis, 1999.

CARCANHOLO, M. D. Neoliberalismo e o Consenso de Washington: a verdadeira concepção de desenvolvimento do governo FHC. In: *Neoliberalismo: a tragédia do nosso tempo*, São Paulo: Cortez, 1998

CARTA CAPITAL. O EMPREGO FORMAL DESAPARECE, A POBREZA E A DESIGUALDADE AVANÇAM. 17 janeiro 2018. Acesso Jan 2018.

CONSELHO NACIONAL DA INDÚSTRIA – CNI. *101 propostas para a modernização trabalhista*. Brasília, 2012.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MOLICA, Rogério. Direito de concorrência e UBER. *Revista Argumentum*. v. 18, n. 3 (2017): SET.-DEZ./2017. Disponível em: <<http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/508/251>>. Acesso em 19 jan 2018.

FIRMINO, Vitor Hugo. *Como a Uber contribui para a precarização do trabalho na modernidade*, 2018. Disponível em: <<https://vitorfirmينو.jusbrasil.com.br/artigos/534725925/como-a-uber-contribui-para-a-precarizacao-do-trabalho-na-modernidade>>. Acesso em 20.01.2018.

FONTES, Virgínia. Capitalismo em tempos de UBERização: do emprego ao trabalho. Marx e o Marxismo. *Revista do NIEP-Marx*, [S.l.], v. 5, n. 8, p. p. 45-67, jul. 2017. Disponível

em: <<http://www.niepmarx.blog.br/revistadoniep/index.php/MM/article/view/220>>. Acesso em: 17 jan. 2018.

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. A dignidade do trabalhador no cenário da globalização econômica. v. 28, n. 49, p. 103–132, jan./jun., 2003. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1482393>>. Acesso em 19.01.2018.

GOULART, Rodrigo Fortunato. *Trabalhador autônomo e contrato de emprego*. Curitiba: Juruá, 2012.

IBGE, Pesquisa Mensal de Emprego dez/1991 a dez/2002. Disponível em: <<https://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?no=7&op=0&vcodigo=FDT10&t=taxa-desemprego-aberto-pessoas-15-anos>>. Acesso em 13 jan 2018

IBGE. SÍNTESE DOS INDICADORES SOCIAIS. UMA ANÁLISE DA CONDIÇÃO DE VIDA DA POPULAÇÃO BRASILEIRA. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf>>. Acesso em 13 jan 2017.

JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de direito do trabalho*. SP: LTr, 1988.

KALLEBERG, Arne L. O trabalho precário nos Estados Unidos. In: OLIVEIRA, Francisco de; BRAGA, Ruy; RIZEK, Cibele (org.). *Hegemonia às avessas: economia política e cultura financeira na era da servidão financeira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010. p. 47-60.

LETTIERI, Antônio. Notas sobre a globalização e sua ideologia. In: VIGEVANI, Tullo, LORENZETTI, Jorge. *Globalização e integração regional: atitudes sindicais e impactos sociais*. São Paulo: LTr. 1998, p. 80-100.

MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

MILENA, Lillian. Os aplicativos e o aumento da precarização no trabalho. <https://jornalggm.com.br/noticia/os-aplicativos-e-o-aumento-da-precarizacao-no-trabalho>, em 23.12.2017, capturado em 19.01.2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reinstucionalização da ordem econômica no processo de globalização. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 135-144, abr./jun. 1996.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. Subordinação jurídica: um conceito desbotado. *Revista de Direito do Trabalho*, vol. 126, p. 107-138, abr./jun. 2007.

ROMITA, Arion Ayão. A crise do critério da subordinação jurídica – necessidade de proteção a trabalhadores autônomos e parassubordinados. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 117/2005, p. 37-59, jan./mar. 2005.

ROSSI, Giampaolo. *Público e Privato nell'Economia di fine Secolo*. Transformazioni Del Diritto Administrativo. Milão: Giuffrè, 1995.

SARMENTO, Daniel. Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso UBER”. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. Análise da lei 13.467/2017 – artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

UNCTAD. RELATÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS. Economia da Informação 2017: Digitalização, Comércio e Desenvolvimento. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/era-digital-precisa-garantir-prosperidade-para-todos-diz-relatorio-da-onu/>>. Acesso em 13 jan. 2018

UBER. *Termos e Condições*. Disponível em: <<https://www.UBER.com/legal/terms/br/>>. Acesso em: Jan de 2018.

**A VIOLÊNCIA LEGÍTIMA SELETIVA: UMA ANÁLISE
SOBRE O “PODER SOBRE” DO ESTADO NA
REALIZAÇÃO DO CONTROLE PENAL**

***THE SELECTIVE LEGITIMATE VIOLENCE: A ANALYSIS
ABOUT THE “POWER OVER” OF THE STATE IN THE
REALIZATION OF CRIMINAL CONTROL***

Giovanni Olsson

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) de Florianópolis/Santa Catarina. Vice-Líder e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ). Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó) de Chapecó/Santa Catarina, na linha Atores Internacionais.

Valquíria Castaldi

Mestranda em Direito. Especialista em Ciências Criminais e Graduada em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó) de Chapecó/Santa Catarina. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder (CNPQ). Bolsista Integral da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó) de Chapecó/Santa Catarina.

Submetido em: 03/05/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5831>

Resumo: O presente artigo tem por objetivo principal compreender como o Estado, no uso de seu poder soberano, faz uso da violência legítima, tornando o sistema penal seletivo. Para isso, necessário se faz compreender o exercício da dominação estatal por meio do “poder sobre” pelo Estado-Nação, como a violência é desenvolvida pelo Estado enquanto violência legítima, assim como as formas de seletividade existentes no sistema penal brasileiro. Para o desenvolvimento da presente pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, tendo a pesquisa caráter qualitativo, adotando-se a técnica da pesquisa bibliográfica baseada na literatura especializada.

Palavras-chave: Estado-Nação; Poder; Violência; Seletividade Penal.

Abstract: *This article aims mainly to understand how the State, wielding sovereign power, makes use of legitimate violence, turning criminal system selective. So, it is necessary to comprehend the exercise of public domination through “power over” by the Nation-State; how violence is imposed by State as a legitimate violence, as well as the ways of selectivity in Brazilian criminal system. In order to perform it, it is used a deductive method, with a qualitative character, adopting the bibliographic research technic grounded on the specialized literature.*

Keywords: *Nation-State; Power; Violence; Penal Selectivity.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estado-Nação, poder e dominação. 3. O controle social e a violência legítima. 4. As diversas formas de seletividade penal. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O poder é inerente à vida em sociedade e já estava presente nas relações entre grupos muito antes da constituição do Estado. Não por acaso, os estudiosos atribuem a ele incontáveis conceitos, âmbitos de exercício e formas de desenvolvimento.

Na concepção de filosofia política mais difundida, os indivíduos que vivem em estado de natureza constituem o Estado ao abrirem mão de parcela de seu poder e destinarem-no a um ente que tinha por intenção representar a todos e garantir o bem comum. O Estado, imbuído desse poder, então, incorpora como um de seus mecanismos de atuação exatamente o uso da violência, agora legítima, para o controle social.

É nesse contexto que se insere o debate da seletividade do sistema penal do presente trabalho, voltada para as classes sociais mais baixas com o menor grau de instrução e de renda. Essa circunstância, em concreto, impossibilita a sua defesa de forma adequada e ainda se fortalece pela tutela dos bens jurídicos de forma desigual, onde se pode perceber penas mais severas para crimes contra o patrimônio em comparação a determinados crimes contra a pessoa.

Considerando que um dos principais instrumentos de violência legítima estatal é o uso do sistema prisional e a imposição de penas privativas de liberdade, o presente artigo foca nesse aspecto e pretende verificar como o Estado, no uso de seu “poder sobre”, faz uso da violência legítima, tornando o sistema penal seletivo.

Para o desenvolvimento deste trabalho, analisam-se os temas do poder, Estado-Nação, violência e seletividade penal, os quais são abordados em três tópicos. O primeiro tratará sobre a constituição do Estado-Nação, sua relação e forma de exercício do poder; no segundo tópico, será analisada a dominação social por

meio da violência legítima; por fim, o terceiro abordará as diversas formas de seletividade do sistema penal, como consequência da atuação estatal.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa, optou-se pelo método dedutivo, tendo a pesquisa um caráter qualitativo, adotando-se a técnica da pesquisa bibliográfica baseada na literatura especializada.

2 ESTADO-NAÇÃO, PODER E DOMINAÇÃO

Uma das vertentes mais significativas sobre a origem do Estado é a chamada “contratualista”, que sustenta o surgimento do Estado a partir da necessidade de regulação e mediação das relações entre os indivíduos que conviviam em estado de natureza, delegando poder a uma terceira pessoa para que regulamentasse as interações em grupo. Isso faria desse grupo uma sociedade e limitaria a liberdade de cada indivíduo até o limite da liberdade do outro.

O Estado-Nação, assim, segundo Thomas Hobbes (1979, p. 103-106), seria constituído da necessidade de limitação e regulação da liberdade dos indivíduos que estão em estado de natureza, e essa constituição se dá no momento em que os indivíduos abrem mão da sua liberdade, desistem do direito de governar a si mesmos e conferem a um homem ou a uma assembleia de homens toda a força e poder para todas as decisões e representação de todos, visando ao bem comum. Dessa união dos indivíduos em uma só pessoa, forma-se o Estado e, portanto, é gerado o grande Leviatã como um Deus mortal que está abaixo apenas do Deus imortal e tem por função garantir a paz e defesa dos indivíduos. Assim, ainda segundo Hobbes, a “autorização que cada indivíduo dá ao Estado o direito de usar todo o poder e a força, esse Estado, pelo temor que inspira, é capaz de conformar todas as vontades, a fim de garantir a paz em seu país, e promover a ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros”.

Na concepção de Giddens (2001, p. 144-145), uma Nação existe quando um Estado exerce soberania e desenvolve controle administrativo sobre um território. Assim, um Estado-Nação caracteriza-se pelo compartilhamento de poder, de forma limitada, reivindicando, para si, o monopólio dos meios de violência dentro do espaço territorial que este administra.

Giddens (2001, p.145) ainda conceitua Estado-Nação como “um conjunto de formas institucionais de governo, mantendo um monopólio administrativo sobre um território com fronteiras (limites) demarcados, seu domínio sendo sancionado por lei e por um controle direto dos meios internos e externos de violência”.

Seguindo no mesmo sentido, para Weber (1999 b, p. 526) o Estado é consolidado com base em uma comunidade de indivíduos que objetiva o monopólio

do uso legítimo da força física em determinado território, sendo o Estado a única fonte do direito com capacidade para uso da violência, considerada legítima, em consequência de uma relação de dominação de um homem para com outros homens. Seguindo a corrente contratualista, Weber sustenta que é pressuposto da existência de um Estado que os cidadãos que o compõem obedeçam à autoridade exercida pelos detentores do poder enquanto representantes desse Estado e, ainda, para que haja obediência, é necessário que a autoridade seja reconhecida como legítima, visto que seu processo de empoderamento deu-se pela concessão dos poderes individuais de cada um para o ente estatal.

O domínio do poder é um tema discutido em nossa sociedade há muito tempo. Entre os principais autores que o debateram em diversos momentos da história e de variadas perspectivas, podem-se citar Thomas Hobbes, Max Weber, Michel Foucault e Pierre Bourdieu.

Na concepção de Hobbes (1979, p. 53), um dos primeiros a estudar o tema no âmbito do Estado, um homem pode ter poderes naturais (qualidades eminentes à sua personalidade ou tipo físico) ou instrumentais (os artifícios de que se dispõe para obtenção de outros tipos de vantagens). Todavia, o poder de maior importância entre todos os tipos de poder seria aquele composto pela união dos poderes de diversos homens e concedidos a um único homem, natural ou civil, referindo-se, neste caso, ao poder detido pelo Estado, ou seja, o poder absoluto do Estado, na pessoa de seu representante.

Por sua vez, Weber (1999 a, p. 33) trata dos aspectos relativos ao poder, à dominação e à disciplina. Para ele, basicamente, o poder é a possibilidade de imposição de vontade, a dominação é a obediência a uma ordem e a disciplina é o treinamento ao ato de obedecer.

Neste sentido, conceitua poder como “toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”. Ainda, define a dominação como a “probabilidade de encontrar obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” e, por fim, a disciplina como a “probabilidade de encontrar obediência pronta, automática e esquemática a uma ordem, entre uma pluralidade indicável de pessoas, em virtude de atividades treinadas” (WEBER, 1999 a, p. 33).

O poder não é estanque, visto que a imposição de vontade pode ser exercida a partir das qualidades ou posições sociais de um indivíduo. A disciplina decorre do treino para a obediência por parte de grandes grupos, sem resistência. Já a dominação caracteriza-se pela existência de um indivíduo mandando em determinado grupo, de forma eficaz, em razão da relação de submissão (WEBER, 1999 a, p. 33).

Assim, dominação é tida como sinônimo de autoridade e ocorre na obediência de ordens baseando-se na submissão como consequência desde o hábito inconsciente até ações racionais. Ou “a probabilidade confiável de que haja uma ação dirigida especialmente à execução de disposições gerais e ordens concretas, por parte de pessoas identificáveis com obediência ao senhor por costume ou de modo puramente afetivo, ou por interesses materiais ou por motivos ideais”, juntando-se a esses fatores o elemento da legitimidade (WEBER, 1999 a, p. 139).

Segundo os escritos de Foucault (1999, p. 174-176), o poder tem em sua essência a característica repressora e a ele cabe a opressão da natureza, dos instintos, dos indivíduos e de uma classe. O poder é uma relação de força entre duas partes na sua interação social.

Bourdieu (1991, p. 164-166), por sua vez, enfatiza as relações de poder dissimuladas e estruturadas sob o mando de “poder simbólico”. Assim, o autor refere-se a “aquele poder invisível que somente pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que se lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. Diante desse conceito, pode-se verificar que o poder simbólico está vinculado à subjetividade humana e à interação com a realidade por meio das construções simbólicas estruturadas dentro das relações sociais. As relações entre poder e simbologia estão em todos os lugares, mas se evidenciam em esferas como a arte, a religião e a linguagem. Essa função social do símbolo é atuar como instrumento da integração coletiva, tornando possível a materialização do poder por meio dos ícones que os representam, como o padre e a sua batina frente aos fiéis, o médico e a sua vestimenta branca em relação ao paciente, ou o policial e a sua farda frente aos cidadãos.

As concepções de poder acima apresentadas foram caracterizadas, no seu conjunto, por Hannah Pitkin pioneiramente, como “poder sobre”, enfatizando seu elemento relacional (PITKIN, 1972, p. 276). Em contraponto, a autora também reconhece outras relações de poder destituídas de submissão, que sintetiza no conceito de “poder para”.

Consoante as definições de poder apresentadas, é possível verificar o uso do poder de forma impositiva, vertical e coercitiva, resultando na dominação daqueles que são submetidos ao exercício do poder, ou do mais forte em relação ao mais fraco, permitindo identificar uma espécie muito característica de poder que passou a ser depois conhecida como “poder sobre”. Alguns exemplos dessa forma de exercício do poder são a imposição de vontade do pai em relação aos filhos, a dominação do policial em relação ao preso e a imposição das decisões do Estado em relação aos seus cidadãos, dentre outras, resultando em uma relação de dominação pelo comando e pela obediência.

Assim, o “poder sobre” desenvolveu-se por meio dos parâmetros de submissão e dominação, estando predominantemente nas mãos do Estado, caracterizado pela opressão e verticalização.

O conceito de “poder sobre” caracteriza-se pela relação de comando e obediência, como instrumento de dominação social que funciona “sobre” os sujeitos, ou seja, na realização da vontade um indivíduo mesmo contra a resistência, independente de seu fundamento. O “poder sobre” reconhecido por Weber (1999 a, p. 33), por exemplo, como coercitivo, impositivo e dominante, representado genericamente pela força militar, tem como principal exemplo o Estado nos seus atos de império.

Assim, Weber (1999 a, p. 35) postula que a principal característica do Estado é a existência de ordem jurídica e administrativa que pretende vigência para os seus membros e em todo o território dominado. Outra característica estatal é que, por conta disso, “hoje só existe coação física ‘legítima’, na medida em que a ordem estatal a permita ou prescreva”.

Com base em tais postulados, é possível verificar que o Estado-Nação, utilizando-se da sua prerrogativa de dominação, ao exercer, coercitivamente, o seu “poder sobre”, faz uso da violência com um viés de legitimidade sob o argumento de ser em favor do interesse da coletividade, como se tentará melhor entender no tópico a seguir.

3 O CONTROLE SOCIAL E A VIOLÊNCIA LEGÍTIMA

É dessa concessão de poder pelos indivíduos ao Estado que emerge a legitimidade a todos os seus atos, mesmo que estes atos façam uso da força e sejam mesmo considerados violentos. Assim, qualquer ato de violência que venha a ser praticado é reprimido e condenável, cabendo apenas ao Estado o uso de meios violentos para a realização do controle social. Quando o Estado faz uso da violência (coerção, punição, restrição de liberdade, restrição de propriedade), está é considerada legítima e legal, mesmo que sua ação tenha um fulcro violento, por entender-se que é seu papel se valer deste poder para garantir a defesa da coletividade.

Ainda que o papel do Estado hoje possa ser relativizado, no contexto da sociedade globalizada, não restam dúvidas de que o poder por ele exercido consiste em utilizar-se de sua autoridade para sujeitar os indivíduos em nome do interesse coletivo. Essa relação de sujeição é uma das principais características do “poder sobre” enquanto detentor da maior força (militar ou política) quando em conflito com o mais fraco, o indivíduo, resultando no uso da violência legítima (OLSSON, 2014, p. 147).

Weber (1999 b, p. 525-526), aponta que, no passado, as associações de indivíduos tinham o uso da coação física como um meio normal. Na modernidade, o Estado detém o monopólio da coação física legítima, porque aos indivíduos só é permitido exercer coação física quando o Estado assim autorizar (como em casos de legítima defesa, por exemplo).

O Estado caracteriza-se pela relação de dominação de homens sobre homens e, para isso, apoia-se no uso da coação considerada como legítima: “para que ele subsista, as pessoas dominadas têm que se submeter à autoridade invocada pelas que dominam no momento dado” (WEBER, 1999 b, p. 526).

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 56-57) definem controle social como a “influência da sociedade delimitadora do âmbito de conduta do indivíduo”. Ao seu ver, o controle social é exercido por meio da família, das instituições educacionais, da religião, das instituições políticas e até mesmo pelos meios de comunicação, sendo estes considerados os meios difusos de controle social, enquanto os meios específicos e explícitos estão dentro do sistema penal, ou seja, a polícia, o poder judiciário e os agentes penitenciários entre outros.

A sociedade vive sob a vigilância do Estado, assim como no modelo pan-óptico de Bentham. Nessa estrutura de vigilância, o sistema penal, o sistema judiciário e a prisão funcionam como peças de uma grande engrenagem, “das quais a psicologia, a psiquiatria, a criminologia, a sociologia, a psicologia social são os efeitos”. O pan-óptico foi pensado como uma estrutura arquitetônica, mas não deixa de ser a materialização de uma forma de governo, uma forma de exercício do poder, de imposição de poder de um indivíduo sobre o outro, sendo que, no caso em tela, trata-se do Estado exercendo poder sobre os demais (FOUCAULT, 2015, p. 70).

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 70) apontam também que toda sociedade se estrutura por meio do poder e que o sistema penal, inclusive o brasileiro, é a forma de poder que sustenta o controle social. Por sua vez, o sistema penal é uma das formas mais violentas de sustentação em razão das consequências que causa para aqueles que sofrem os seus efeitos.

Corroborando o apontado por Zaffaroni e Pierangeli, Foucault (2015, p.39-40) alerta que é no sistema penal que o poder, enquanto poder, mostra-se de modo mais explícito, visto que manter alguém na prisão, privando-o de alimento, aquecimento, entre outras privações, é “a manifestação do poder mais delirante que se possa imaginar”. Na prisão, o poder pode se manifestar da forma mais crua, sem se esconder, sem se mascarar, podendo exercer todas as suas nuances de tirania de forma mais excessiva. “Ao mesmo tempo, ele é puro, ele está inteiramente ‘justificado’, já que ele pode ser formular inteiramente no interior de uma

moral que enquadra seu exercício: sua tirania bruta aparece então como dominação serena do Bem sobre o Mal, da ordem sobre a desordem”.

O Estado tem a posse de um território e a regência dos indivíduos que ali residem. Portanto, realiza o controle social exercendo seu poder utilizando-se de instituições jurídicas, administrativas, políticas, econômicas e policiais. Internamente, a imposição do poder estatal ocorre pela determinação das leis e exigência de seu cumprimento e pela punição daqueles que as descumprirem, entre outros expedientes. Para isso, o Estado de modelo nacional da modernidade faz uso de diversos mecanismos como tribunais, corporação policial e presídios, por exemplo, e consiste no único ente ao qual é permitido o uso da violência legítima nesse papel.

Assim, Weber (1999 b, p. 529) conclui que o “Estado moderno é uma associação de dominação institucional, que dentro de determinado território pretendeu, com êxito, monopolizar a coação física legítima como meio da dominação”.

Weber (2011, p. 66) ainda ressalta que o Estado funda-se na força, todavia a violência não é o único instrumento que o Estado pode se valer, mas é um instrumento especificamente seu, estabelecendo-se, assim, uma estreita relação entre Estado e violência.

No que se refere ao uso do poder estatal tornando a violência legítima, Arendt (2001, p. 31) destaca que a violência é a mais forte manifestação de poder e, sendo um Estado o representante do povo, sua violência passa a ser considerada “legítima”.

Cabe notar que, na concepção de Arendt (2001, p. 38-40), entretanto, poder é diferente de violência. Contudo, comumente, os conceitos são tidos como semelhantes pela associação feita de poder em relação aos atos de mando e obediência, mas a violência é apenas uma das formas de exercício do poder, normalmente utilizada pelo governo dentro do Estado. Nas relações exteriores ou na proteção à sociedade, a violência deve ser a última opção a ser utilizada para que a soberania estatal permaneça intacta. O poder está no indivíduo que o delega a um terceiro para que prime pelo bem comum e o exercício desse poder deveria cotidianamente dispensar o uso da violência, porque, ao legitimar o representante da sociedade para tomar as decisões em seus nomes, os indivíduos deveriam se submeter aos seus atos automaticamente de forma voluntária e constante.

A violência não é necessariamente um requisito do poder, porque, pelo contrário, para que o poder alcance os seus propósitos, ele deverá ser primeiramente legítimo e não conquistado por coerção. Diz Arendt (2001, p. 41) que “o poder não precisa de justificação, sendo inerente à própria existência das comunidades

políticas; o que ele realmente precisa é de legitimidade. [...] A violência pode ser justificável, mas nunca será legítima”.

Nessa linha, e segundo essa autora, quando o Estado faz uso da violência para atingir o controle social, ele não está exercendo o poder propriamente, está apenas demonstrando a sua soberania e supremacia. A violência descaracteriza o poder, porque a obediência e a concordância conquistadas por meio do medo e da força física nunca serão consideradas um poder legítimo (ARENDR, 2001, p. 40-44).

Ao compreender o emprego e a legitimação do uso da violência legítima pelo Estado, verifica-se que a forma de violência mais visível e mais palpável para os indivíduos é o sistema penal e, assim, faz-se necessário compreender como o sistema penal comporta-se frente à sociedade, e este estudo tem como objetivo ater-se às diversas formas de seletividade que o sistema penal realiza, conceitos que serão discutidos a seguir.

4 AS DIVERSAS FORMAS DE SELETIVIDADE PENAL

Como está evidenciado, o sistema penal constitui o principal meio utilizado pelo Estado para a execução do controle social, sendo a violência legítima empregada principalmente pela aplicação de penalidades e a reclusão. Aliado a isso, muitos estudos demonstram que o sistema penal brasileiro é particularmente seletivo, em razão de sua legislação e sua prática, quanto ao tipo de conduta criminalizada e ao seu público alvo.

Zaffaroni e Pierangeli (2006, p. 70), ao discutirem a função do sistema penal, destacam que, dentre as várias funções, “o sistema penal cumpre a função de selecionar, de maneira mais ou menos arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes, criminalizando-as para indicar aos demais os limites do espaço social”.

Nessa perspectiva, o sistema penal, ao invés de apenas prevenir a ocorrência das condutas delitivas, acaba por se tornar condicionante dessas condutas, etiquetando os criminosos (a conhecida teoria do *labelling approach*), visto que “a segregação institucional gera o fenômeno de prisionização e despersonalização, como o processo de marginalização costuma iniciar-se na própria infância e projetar até o futuro, como a criminalização limita as possibilidades laborais etc”. Esses pressupostos demonstram que o sistema penal é seletivo quando seleciona pessoas ou ações, criminalizando-as pela sua classe social e demonstram que a vulnerabilidade ao sistema penal é desigual entre os indivíduos, porque se orienta por estereótipos focados nos marginalizados e humildes, e “que a criminalização gera o fenômeno da rejeição do etiquetado como também daquele

que se solidariza ou contata com ele”, realimentando a segregação da sociedade (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2006, p. 67).

Nesse sentido, Andrade (2003, p. 40) explicita que, com base no *labelling approach*, a partir dos conceitos de conduta desviada e reação social, o desvio de conduta, assim como a criminalidade, “não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, processos formais e informais de definição e seleção”.

Para Baratta (2002, p. 162), o sistema penal tem como grandes problemas: a proteção apenas para os bens essenciais e, ainda assim, o faz de forma desigual; a desigualdade da aplicação penal entre os indivíduos; e a aplicação do status de criminoso e da tutela jurídica independente do dano causado à sociedade ou da gravidade da infração cometida.

Andrade (2003, p. 51-54) reforça que a seletividade penal é consequência da “especificidade da infração e das conotações sociais dos autores para seleção desigual de pessoas de acordo com seus status social e não pela criminalização igualitária de condutas objetivas e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime”. Assim, o sistema penal tem como público alvo a parte pobre da população, mas não porque são mais propensos ao crime, mas, sim, porque são mais facilmente considerados como criminosos, perseguidos e punidos.

Em sentido complementar, Andrade (1997, p. 205) explica que a conduta não tem uma qualidade criminal “em si” e muito menos o seu autor pode ser classificado como criminoso a partir da sua personalidade. A classificação de um indivíduo ou de uma conduta como criminoso(a) depende dos “processos sociais de ‘definição’, que atribuem à mesma um tal caráter, e de ‘seleção’, que etiquetam um autor como delinquente”.

Nesse sentido, Gomes e Bianchini (2002, p. 157-158) alertam que “para a prisão mandamos quase que exclusivamente ‘os da última fileira social’, reafirma-se a generalizada (e equivocada) concepção de que [...] crime é algo de ‘raça bastarda’, da classe degradada, dos miseráveis, dos viciados e marginalizados”.

Para Foucault (2015, p. 33-34), o sistema penal, a prisão e a justiça são algo que não pode mais ser suportado pela sociedade, gerando um descontentamento por parte das classes mais pobres, mais exploradas e menos favorecidas, visto que a justiça não é alcançada por todas as camadas da sociedade da mesma forma, porque aqueles que têm melhores condições financeiras e maior grau de instrução têm acesso a uma melhor defesa. “Um advogado se compra: quer dizer

que, afinal o direito a receber a justiça se compra. Tomo esse exemplo simples, mas é evidente que é segundo a classe à qual se pertence, segundo as possibilidades de fortuna, segundo as posições sociais que se obtém a justiça”. Essa premissa acaba resultando em um sentimento de “desigualdade diante da justiça e diante da polícia”.

Assim, a criminalidade é distribuída de forma seletiva, imunizando as classes altas e criminalizando as classes baixas. Consequentemente, o que se vê é o predomínio dos pobres nas prisões e também nas estatísticas. E isso não se dá por acaso, porque é uma consequência do sistema penal que destaca a importância dos estereótipos dos autores e das vítimas, associado ao senso comum sobre a criminalidade (ANDRADE, 1997, p. 268-269).

Corroborando o exposto, Baratta (2002, p. 102) relata que as estatísticas criminais apontam que a criminalidade de colarinho branco é investigada e penalizada em índices imensamente mais inferiores do que se imagina, originando assim as cifras negras da criminalidade, que por sua vez, distorcem os dados repercutindo em um falso conhecimento sobre a distribuição da criminalidade entre os grupos sociais. Assim, a criminalidade se projeta como “um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores e, portanto, ligada a fatores pessoais e sociais correlacionados com a pobreza”.

Contudo, as cifras negras da criminalidade não se referem unicamente aos crimes de colarinho branco, mas sim “à real frequência e a à distribuição do comportamento desviante penalmente perseguível, em uma dada sociedade” (BARATTA, 2002, p. 103).

Outra circunstância que facilita a maior criminalização das classes mais baixas é a diferença entre os crimes cometidos, em maior ou menor escala, pelas classes baixas e classes altas. Normalmente, os crimes cometidos pelas classes pobres são crimes contra o patrimônio, como furto e roubo; já, nas classes altas, os crimes mais comuns são os crimes tributários, dificilmente constatados materialmente, e os crimes em âmbito público, como corrupção e desvio de verbas, os quais, como já apontado, possuem em geral também penas mais brandas.

Nesse sentido, Baratta (2002, p. 165) aponta que é maior o percentual da população de baixa renda entre os apenados (subproletariado e grupos marginais). Isso se deve às dificuldades de acesso ao mercado de trabalho, bem como às baixas remunerações recebidas pela falta de qualificação profissional e às dificuldades de acesso à formação escolar. Ele destaca que os fatores que, “na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído”.

Seguindo a mesma frente, Campos (2010, p. 262) argumenta que a população carcerária no Brasil é constituída basicamente por jovens, pobres e com baixo nível de escolaridade, e que, devido à pobreza, o condenado e seus familiares não possuem influência política, traduzindo-se em raras chances de obtenção de auxílio jurídico qualificado contra os abusos sofridos.

Do ponto de vista da seleção da população criminosa a partir de uma perspectiva macrossociológica das relações de poder entre as diferentes classes sociais, “reencontramos, por detrás do fenômeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 106).

Diante do exposto, pode-se constatar primeiramente que a seletividade penal é exemplificada por penas mais graves atribuídas para crimes patrimoniais, em detrimento de outros valores e bens tutelados, inclusive o interesse público e a administração pública, como os crimes de colarinho branco que ficam escondidos dos olhos da sociedade, ampliando ainda mais as cifras negras da criminalidade.

O segundo aspecto consolida-se pela forma extremamente abrangente como a legislação penal brasileira está posta e pela insuficiência estatal frente à necessidade de fiscalização de toda sua população. Em face disso, os indivíduos de menor instrução e os de renda mais baixa tornam-se os maiores e mais fáceis alvos do sistema penal, porquanto estes são presos e condenados mais facilmente que aqueles indivíduos que possuem recursos financeiros e intelectuais para perpetrar e ocultar seus crimes e, ainda, caso sejam detectados, para se defenderem frente à justiça. Essa seletividade penal interfere, também, diretamente dentro do sistema prisional, tanto na composição da população carcerária quanto na busca pela reabilitação dos reclusos.

Assim, esses elementos apontam que o sistema penal brasileiro é seletivo e, conseqüentemente, torna-se a expressão da desigualdade social e a caracterização da impunidade aos poderosos e abastados e, mais do que isso, embasam a constatação da violência causada pelo Estado aos reclusos, no uso do seu poder até então pretensamente legítimo.

CONCLUSÃO

O Estado foi concebido pela necessidade de regular a convivência entre os indivíduos, exercendo, assim, o controle social.

O poder tem em seu âmago a imposição de uma vontade sobre outra, tendo-se como o principal exemplo o Estado em seus atos de império, sendo esse classificado por alguns estudiosos como “poder sobre”.

O Estado desenvolve seu poder a partir da utilização de instituições jurídicas, administrativas, políticas, econômicas e policiais. A imposição do poder estatal ocorre pela determinação das leis e exigência de seu cumprimento, pela punição daqueles que as descumprirem, pela realização da guerra, entre outros. Visando o controle social, o Estado faz uso de diversos mecanismos, como tribunais, corporação policial, presídios, exército e poder bélico, sendo o único ente ao qual é permitido o uso da violência de forma legítima.

Uma das principais formas de violência legítima exercida pelo Estado se dá pela aplicação da legislação penal, pela persecução penal, imputação de pena e submissão do condenado a um sistema prisional que, via de regra, não preserva a dignidade humana.

A seletividade do sistema penal brasileiro é um tema discutido por muitos autores, visto que a política penal supervaloriza a tutela de alguns bens jurídicos em detrimento de outros. Isso fica claro quando observamos penas mais graves para crimes patrimoniais do que para crimes contra a pessoa, como a previsão de uma pena mais grave para o crime de furto em comparação à pena destinada para o crime de lesões corporais.

Outro aspecto da seletividade penal pode ser observado pelas características da população carcerária. É evidenciado que os indivíduos de menor instrução e os de renda mais baixa, pela sua vulnerabilidade social, tornam-se os maiores e mais fáceis alvos do sistema penal, porquanto estes são presos e condenados mais facilmente que aqueles indivíduos que possuem recursos financeiros e intelectuais, seja para perpetrar e ocultar seus crimes, seja para se defenderem no sistema de justiça com defesa mais qualificada.

Diante dos aspectos discutidos, verifica-se que o Estado, enquanto detentor da violência legítima e também como órgão responsável pela promulgação das políticas penais, concebe um controle social seletivo, voltado para as classes sociais mais baixas e com principal foco na persecução dos crimes patrimoniais, o que, por conseguinte, torna a violência legítima empregada, sem dúvidas, uma violência seletiva.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Sistema pena máximo X cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Tradução de Andre Duarte. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2001.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

BORDIEU, Pierre. *Language and symbolic power*. Edited and introduced by John B. Thompson. Translated by Gino Raymond and Matthew Adams. Oxford: Polity Press, 1991.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 07 de dez. de 2017.

CAMPOS, Teresinha Borges. *Das penas privativas de liberdade às penas alternativas*. São Paulo: Almedina Brasil, 2010.

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. *Ditos e escritos, volume IV: estratégia, poder-saber*. MOTA, Manoel Barros da (Org.). Tradução de Vera Lucia Avellar Ribeiro. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. 14^a ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1999.

_____. *Power and knowledge: selected interviews and other writings 1972-1977*. Edited by Colin Gordon. Transl. by Colin Gordon et al. New York: Pantheon, 1980.

_____. *Vigiar e punir*. Trad. Raquel Ramallete. 25. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

GIDDENS, Anthony. *O estado-nação e a violência*. Tradução de Beatriz Guimarães. São Paulo: Edusp, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O direito penal na era da globalização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OLSSON, Giovanni. O poder político no espaço global: o protagonismo dos atores não estatais. In: OLIVEIRA, Odete Maria (Org). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Volume I. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014. p. 133-178.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Wittgenstein and Justice: on the significance of Ludwig Wittgenstein for social and political thought*. Berkeley: University of California Press, 1972.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Otany Silveira da Mota. 18. Ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 (a).

_____. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Volume II. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999 (b).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. v. 1, parte geral. 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

O CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO COMO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO CONTEMPORÂNEO: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE OS ÚLTIMOS 40 ANOS

THE BRAZILIAN CONSTITUTIONALISM AND THE CONTEMPORARY LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM: SOME REFLECTIONS ON THE LAST 40 YEARS

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Professor da Faculdade de Direito e Coordenador do Curso de Especialização em Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Professor Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo – Autarquia Municipal. Professor convidado do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Diretor de Relações Internacionais da Associação Brasileira dos Constitucionalistas Democratas – seção brasileira do Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Submetido em: 17/04/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5806>

Resumo: O presente artigo busca apresentar semelhanças e dessemelhanças dos processos políticos e constitucionais dos estados nacionais latino-americanos. Intenciona-se perquirir a respeito da fecundação cruzada entre as constituições e seus processos constitucionais a partir dos elementos contextuais que as cercam: política, economia, direito. Nesse sentido, quer-se, ao final, verificar como tais movimentos alcançam e são alcançados pelo Brasil, a partir da Constituinte de 1987-1988.

Palavras-chave: Constitucionalismo latino-americano; Constitucionalismo brasileiro; Fecundação cruzada; Direitos Humanos.

Abstract: *This article aims to present similarities and dissimilarities of the political and constitutional processes of Latin American national states. It is intended to inquire about the cross fertilization between the constitutions and their constitutional processes from the contextual elements that surround them: politics, economics, law. In this sense, in the end, it seeks to verify how such movements reach and are reached by Brazil, from the 1987-1988 Constituent Assembly and on.*

Keywords: *Latin American Constitutionalism; Brazilian Constitutionalism; Cross fertilization; Human Rights.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Semelhanças entre os processos constitucionais dos Estados nacionais na América Latina. 2.1. A onda de democratização ocorrida na América Latina a partir da década de 1980 como a conformar uma nova fase no direito constitucional continental. 2.2. Algumas características dos governos dos Estados latino-americanos, do seu contexto democrático. 2.2.1. Brasil: ditadura militar e abertura democrática. 2.2.2. Argentina: Ditadura militar e reforma constitucional de 1994. 2.2.3. Colômbia. 2.2.4. Venezuela. 2.2.5. México. 2.3. A abertura rumo aos direitos humanos internacionais nas Constituições dos países analisados. 2.4. Constitucionalismo latino-americano em sua dinâmica. 2.5. A reconfiguração do constitucionalismo latino-americano a partir do final de década de 1970. 2.6. O Brasil nesse momento do constitucionalismo latino-americano. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O constitucionalismo latino-americano é feito de um movimento pendular que envolve períodos democráticos sucedidos de momentos antidemocráticos, em uma região política que tem suas diferenças, mas, também, semelhanças salientes em seus processos.

No presente artigo, pretendo fazer uma comparação que tem mais fundamento nos aspectos internos do constitucionalismo nacional de alguns estados latino-americanos e apontar as semelhanças com o processo brasileiro.

Com isso, almejo mostrar que os processos constituintes e as constituições brasileiras são cercados de momentos que nos aproximam do que ocorreu na América Latina, processo estes que influenciaram e foram influenciados, reciprocamente.

O nosso recorte temporal se funda, essencialmente, na década de 1970 e continua a avançar, desde então, até os tempos atuais.

2 SEMELHANÇAS ENTRE OS PROCESSOS CONSTITUCIONAIS DOS ESTADOS NACIONAIS NA AMÉRICA LATINA

Pode-se perceber, desde o final do século XIX, uma tendência aproximativa, derivada de pactos entre liberais e conservadores, para ditar as bases desses constitucionalismos nacionais, período que apresenta relativa estabilidade

política e econômica, marcando estes Estados nacionais, inclusive em ambiente internacional, como exportadores de produtos primários (GARGARELLA, 2010, p. 496).

Dentre as características dessa união, viu-se um aprofundamento de uma política contramajoritária, com pouquíssimos expedientes de participação popular efetiva (GARGARELLA, 2010, p. 499), tornando o cenário político uma luta entre elites urbanas e rurais, mas não do povo em uma perspectiva abrangente, a agregar os despossuídos e outros excluídos. A preocupação inicial desses processos constitucionais estava, em seus primórdios, centrada na proteção da liberdade contratual, na segurança e na propriedade.

Esse projeto inicial passou por duas grandes reformas, no século XX: a primeira, tendente a não permitir o avanço do socialismo ocorrente na Europa, acontece próxima da década de 30, com a criação de modelos de Estados provedores, de perfil social. A segunda, que será analisada mais adiante, busca um fortalecimento da participação popular, o fortalecimento da mecânica dos freios e contrapesos e o fortalecimento dos instrumentos de distribuição de bens constitucionais ligados ao bem-estar (GARGARELLA, 2010, p. 506).

Apontaremos algumas características do direito constitucional interno dos Estados nacionais latino-americanos que pensamos promotores de outros processos no restante do continente (Brasil, Venezuela, Argentina, Colômbia e México) e verificaremos que apresentam componentes constitucionais e políticos que os aproximam. O período apresentado se inicia na década de 1970, período em que, concomitantemente, está surgindo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, adquirindo eficácia o seu instrumento jurídico central, a Convenção Americana de Direitos Humanos, que adquire eficácia somente em 18 de julho de 1978, nos termos do seu artigo 74. Sendo assim, estamos a colocar ênfase temporal em um período que se inicia na segunda metade da década de 1970.

2.1 A ONDA DE DEMOCRATIZAÇÃO OCORRIDA NA AMÉRICA LATINA A PARTIR DA DÉCADA DE 1980 COMO A CONFORMAR UMA NOVA FASE NO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTINENTAL

Pode-se observar na América Latina, especificamente nos campos político e constitucional, a existência de semelhanças em alguns aspectos que dizem respeito a crises institucionais, direitos fundamentais, sistemas de governo (bastante fundados em um modelo de presidencialismo forte, ou hiperpresidencialismo), separação de poderes, proliferação da corrupção dos agentes estatais, desigualdades sociais e econômicas marcantes, entre outros temas.

Na região política latino-americana é comum que existam ondas de democracia seguidas de ondas de autoritarismo que abarcam a maioria dos países do continente. Em determinado momento estão em voga os governos militares, com seus ditadores emitindo ordens, ou civis a eles se submetendo. Em outro, a democracia, ainda que somente eleitoral (CARPIZO, 2009, p. 9). Isso porque podem advir influências externas, como guerra fria, intervenções armadas de potências, golpes de estado ou internas:

*As “inquietudes internas, resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura civica y marcado desprecio por el estado de derecho entre otros. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de los países de la región, **ni que esos factores pesen más en unos que en otros.** Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder (CARPIZO, 2009, p. 10).*

O resultado disso é que se vive em ciclos e não se sedimenta a democracia constitucional nem o sentimento de sua necessidade pelo cidadão, dos seus ganhos institucionais e pessoais, de pertencimento a um sistema público e republicano.

Esse sentimento, aliás, vem sendo catalogado, de tempos em tempos, pelas pesquisas realizadas na região, que demonstram, claramente, uma percepção de que o Estado e seus deveres prestacionais (direitos sociais) são exigências a que não se admite retroceder, mas, no que se refere à democracia, torna-se cada vez menos importante.

Fica claro que tal sensação vem se aprofundando (INFORME LATINOBAROMETRO, 2017, p. 2) na região, pois:

Es una democracia diabética que no alarma, con un lento y paulatino declive de múltiples indicadores, distintos según el país, y el momento, que permite de alguna manera ignorarlos como fenómeno social. Sin embargo, vistos en conjunto, esos indicadores revelan el deterioro sistemático y creciente de las democracias de la región. No se observan indicadores de consolidación, sino, acaso, indicadores de desconsolidación.

Sendo assim, cabe intentar observar alguns movimentos para fundar tal queda de confiança em valores que deveriam ser captados pelos indivíduos como mínimos para qualquer desenvolvimento saudável, seja econômico, político, social ou pessoal.

2.2 ALGUMAS CARACTERÍSTICAS DOS GOVERNOS DOS ESTADOS LATINO-AMERICANOS, DO SEU CONTEXTO DEMOCRÁTICO

Pode-se perceber, no continente, alguns movimentos pendulares entre ditadura e democracia, em alguns ambientes nacionais acompanhados de golpes de estado que mostram semelhanças importantes para a nossa análise. Além disso, verifica-se que a hipertrofia do Poder Executivo também é uma característica da região.

Veremos alguns destes movimentos.

2.2.1 BRASIL: DITADURA MILITAR E ABERTURA DEMOCRÁTICA

No caso brasileiro, entre o período 1964-1985, viveu-se uma ditadura militar que se caracterizou por períodos distintos. De 1964-1967, os militares, ocupando o Governo Federal, não haviam, ainda, sinalizado para a continuidade de sua permanência no poder, pois difundiam a informação de que aquele governo seria transitório. Esse período é o menos sangrento, com alguns toques de respeito ao Direito, ao menos sob o aspecto formal. Entre 1968-1977, viveu-se o período mais violento dessa ditadura, com assassinatos reiterados de opositores do governo, violações contínuas de direitos fundamentais, fechamento do Congresso Nacional, cassação de políticos opositores, aposentadoria compulsória de ministros do Supremo Tribunal Federal, aumento das competências da Justiça Militar para julgamento de crimes civis, então definidos como políticos, centralização excessiva de competências na União Federal e a reforma ampla da Constituição de 1967 pela Emenda 1/69.

A partir de 1978, ainda sob um governo militar, inicia-se um processo de “abertura democrática”, lento e gradual, como se dizia, que irá desembocar na eleição indireta, pelo Congresso Nacional, de Tancredo Neves, em 1985, tendo como vice-presidente José Sarney que, com a morte do primeiro, antes da posse, acaba se tornando o primeiro civil a ocupar a Presidência da República desde 1964. Esse processo de abertura democrática, dentre outras decisões, aprovou uma lei, em 1979, de anistia (Lei Federal no. 6683/77), a qual, recentemente, fundamentou a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Caso Gomes Lund e outros v. Brasil).

Em 1987, com um Congresso Nacional já eleito, ocorre um processo constituinte que levará à promulgação da Constituição de 1988. Desde então, apesar de um processo de *impeachment* que, em 1992, condenou Fernando Collor de Mello, o primeiro Presidente da República eleito diretamente, à perda do cargo e suspensão de seus direitos políticos por oito anos, não se fala mais em golpe de estado militar no Brasil.

2.2.2 ARGENTINA: DITATURA MILITAR E REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

A Argentina, entre 1976 e 1983, viveu, também, um governo militar bastante violento. Nesse estado nacional, entre 1975 e março de 1976, verifica-se a existência de um governo representativo, republicano e federal, conforme o artigo 1º da Constituição Federal. Nos termos do artigo 81 o presidente da República e o Vice-Presidente, assim como senadores e deputados, haviam sido eleitos para um mandato de quatro anos (SAGUES, 2009, p. 23). A Constituição naquele momento não previa mecanismo de democracia participativa, como iniciativa popular legislativa, *referendum*, plebiscito ou instrumentos de revogação de mandatos (SAGUES, 2009, p. 25). A forma de estado federativa enfrentava um governo federal centralizador, que acabava por intervir nas províncias de modo a diluir os efeitos da descentralização típica do federalismo argentino. Nesse sentido, unem-se centralização política e hipertrofia do poder executivo federal em detrimento dos poderes das províncias. A instabilidade política acabou por fortalecer o surgimento de movimentos armados que objetivavam a derrubada do poder de plantão.

Esse período argentino é marcado, assim, por presidencialismo fortalecido e uma centralização de forças no poder executivo federal, além de um populismo exacerbado e uma democracia fraca, até que, em 24 de março de 1976, ocorre um golpe de estado denominado *Proceso de Reorganización Nacional*, que se manteve até dezembro de 1983, passando por algumas etapas, mais e menos ditatoriais e violentas.

É criada uma Junta Militar que assume funções constituintes de modo a usurpar as competências presidenciais e também as legislativas, do Congresso. Além disso, nomeia livremente os membros do Poder Judiciário, que se fez totalmente monitorado e submisso.

Durante esse período militar, tem-se (a) um governo autoritário, com concentração de poderes no Governo Federal, (b) com profundas violações de direitos fundamentais. Ao mesmo tempo um (c) governo castrense, formalmente federal, mas, de fato, (d) unitário, com projeção da União Federal sobre os governos provinciais e (e) com a designação de governadores pelos militares (SAGUES, 2009, p. 26).

A partir de 1983, com a eleição de Raúl Alfonsín, o sistema representativo se refaz, com os princípios republicano e federal novamente fortalecidos. Tal qual no caso brasileiro, essa eleição se deu indiretamente (SAGUES, 2009, p. 27-28). Resgata-se o funcionamento do princípio da separação dos poderes, com um Poder Judiciário renovado.

Em 1994, faz-se uma reforma ampla da Constituição Federal, em clara intenção de fortalecer o sistema representativo e o sistema governativo. Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que se pretende reduzir a força política do Presidente da República, admite-se a reeleição para tal cargo, agora, por eleições diretas (SAGUES, 2010, p. 32).

A Constituição Argentina, uma das mais antigas no mundo ainda em vigor, com a Reforma de 1994 não somente inscreveu em seu texto novos direitos civis, políticos e sociais, mas, também, constitucionalizou diversos tratados internacionais de direitos humanos, que adquiriram *status* constitucional, conforme artigo 75, inciso 22.

A partir de então, em sede governamental, aprofundou-se o presidencialismo, tanto nos governos de Carlos Menem quanto nos de Nestor Kirchner e, mais recentemente, de Cristina Kirchner. O hiperpresidencialismo (NINO, 1992) típico no continente tem na Argentina um excelente exemplo.

Em sede de direitos humanos, desde a Reforma de 1994, dá-se o aprofundamento de uma cultura de direitos humanos, não somente em sede de texto constitucional, mas, também, com os famosos julgados Bulacio, Buenos Alves, Ekhmedjian, dentre outros, reconhecendo a Argentina o direito internacional dos direitos humanos como vinculante em sede nacional.

2.2.3 COLÔMBIA

No caso colombiano, o *giro de copernicano* do seu constitucionalismo se deu com a Constituição de 1991. Isso porque para a política e para o direito colombianos se saiu de um constitucionalismo autoritário, centralista e confessional para outro que tem suas bases na participação política plural e democrática e na afirmação dos direitos humanos (OSUNA PATIÑO, 2009, p. 282). Fez-se uma transformação tanto estrutural quanto substancial do constitucionalismo daquele país que, deslegitimado democraticamente no século XX, evoluiu para despontar por características de técnica constitucional invejável.

Os quarenta anos que antecederam a Constituição de 1991 foram marcados pela decretação de Estado de Sítio e de Emergência Econômica, que serviram para suspender direitos fundamentais e apoderar o Presidente da República de funções excepcionais, como os Decretos-Leis autorizados pelo Congresso da República mediante Leis de Faculdades Extraordinárias (ORTIZ, 2009, p. 211).

Ortiz (2009, p. 213) divide o período que vai de 1976 a 2005 em dois: o primeiro, que denomina de *Cierre y de Bloqueo Institucional*, caracteriza-se pelo bipartidarismo, com governo excepcional e pela decomposição quase absoluta de ordem pública e da segurança, mediante algum reforço dos poderes judiciais - especialmente

do controle de constitucionalidade -, da diminuição da idade mínima para participar dos processos eleitorais, bem como a eleição malfadada dos poderes locais.

O segundo período, que vai de 1991 a 2005, denominado *Cambio Constitucional y de Consolidación del Nuevo Modelo de Estado*, termina com a também malfadada reforma constitucional que permitiu a reeleição do Presidente da República, Álvaro Uribe Vélez. Nesse período se reformou a Constituição, alterando o funcionamento do sistema político, para permitir a extradição de nacionais, aprimorar a justiça penal e as instituições de democracia representativa e as eleições (ORTIZ, 2009, p.282).

A Colômbia, em 1991, apresentava profundos problemas sociais e econômicos, além da violência com base nas guerrilhas, como as FARC ou outros grupos paramilitares, tendo isso provocado milhares de mortes e deslocamentos compulsórios de populações rurais.

O centralismo e o hiperpresidencialismo caracterizam tanto a forma de estado quanto o sistema de governo, impondo características típicas de um constitucionalismo de perfil não somente regional, mas latino-americano (OSUNA PATIÑO, 2009, p.301-302), como se verá.

A Constituição de 1991 outorga aos direitos fundamentais um papel central, asseverando os deveres do estado para sua concretização, sendo possível afirmar que a “adesão da sociedade colombiana à cultura dos direitos humanos” é o seu projeto político (OSUNA PATIÑO, 2009, p.284).

É interessante verificar que a Colômbia não passou por longos períodos de governos militares – pequeno período de 1953-1957 -, tal como Brasil e Argentina, mas a presença militar e a importância das forças armadas são reconhecidamente uma característica do estado colombiano, inclusive com severas violações de direitos humanos. E a presença norte-americana, especialmente nas gestões dos governos conservadores, conferiu ao país *status* diferenciado nas relações com os EUA, estabelecendo acordos bilaterais em matéria militar – referência especial ao de 2009.

Além disso, reforçou-se a presença militar norte-americana em território colombiano, com bases aéreas e pessoal das forças armadas. Essa aproximação não deixou de gerar ruídos com os vizinhos Venezuela e Equador.

2.2.4 VENEZUELA

A Venezuela aprovou uma nova constituição, em 1999, tendo em 2007 feito uma sensível reforma. Tal reforma, mesmo respeitando os procedimentos formais, não obedeceu ao constituinte originário. O presidente Hugo Chávez, reelei-

to em 2006, supostamente para um último mandato, nomeou por um decreto-lei, em 2007, um “Conselho presidencial de reforma Constitucional” que teve seus trabalhos sancionados pela Assembleia Nacional também no mesmo ano, 2007 (CORAO; CASAL, 2009, p. 635).

A reforma, aprovada contra o próprio texto da Constituição, produz mudanças em temas sensíveis ao regime democrático, como a regulação constitucional dos Estados de Exceção, a qual estendeu poderes e reduziu as cautelas e controles que estavam na Constituição de 1999, ampliando os direitos suscetíveis de restrição (artigo 337) (CORAO; CASAL, 2009, p.626). Ademais, foram reduzidos os meios de democracia participativa sob a justificativa de que “somente pelo socialismo será possível a verdadeira democracia”, como dito pelo Presidente na apresentação deste projeto na Assembleia” (CORAO; CASAL, 2009, p. 628-628).

O poder Executivo se fortaleceu. Foi aumentado o mandato do presidente para 7 anos, passando a “ter o período de governo mais longo de toda América Latina e o maior de nossa História Constitucional, somente se igualando ao período da ditadura de Juan Vicente Gómez” (CORAO; CASAL, 2009, p.634), sem que houvesse limites para a reeleição.

2.2.5 MÉXICO

Os problemas do hiperpresidencialismo no México, ainda que não tão expandidos como na Venezuela, retratam também os vícios do constitucionalismo latino-americano. O México, com sua Constituição de 1917, que inaugura o constitucionalismo social na América Latina, produz uma grande novidade textual, tendo, todavia, os mesmos problemas políticos e constitucionais que ocorrem em todo o resto do continente (CAMARENA, 2009, p.231), como veremos, agravados pela proximidade com os Estados Unidos, tão interessados em dominar o cenário político latino-americano em grande parte do século XX.

Dentre esses problemas, uma democracia unicamente formal (CAMARENA, 2009, p. 232) e a dominação de somente um partido político, o PRI, por mais de oitenta anos, contribuiu para a debilidade dos processos políticos. Os problemas de segurança com o narcotráfico e a corrupção são outras questões que o aproximam de algumas das típicas questões constitucionais do continente.

2.3 A ABERTURA RUMO AOS DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS NAS CONSTITUIÇÕES DOS PAÍSES ANALISADOS

O modo como os tratados de direitos humanos são referidos pelas Constituições latino-americanas também passa por um processo de aproximação, pois

outro tema que aparece no constitucionalismo dos países latino-americanos desde a década de 1980 é a abertura constitucional para o direito internacional dos direitos humanos e por isso existe um novo status no direito constitucional da região fruto da onda de democracia e de centralização da pessoa humana nos sistemas constitucionais.

As diferentes Constituições tratam do direito internacional dos direitos humanos, especialmente do processo de relacionamento com o direito interno, de maneira diferente.

A Constituição Argentina, desde a reforma de 1994, escreveu em seu texto novidades generosas. Primeiro, o artigo 75, inciso 22, afirma que os tratados internacionais têm hierarquia suprallegal, ou superior às leis. Além disso, deu hierarquia constitucional a mais de uma dezena de tratados internacionais expressamente, sujeitando, inclusive, sua denúncia à aprovação por dois terços dos membros das Câmaras do Congresso Nacional.

A Constituição Venezuelana contém em seu artigo 23 disposição que atribui hierarquia constitucional aos tratados, pactos e convenções de direitos humanos e, ademais, que prevalecem sobre o direito interno se forem mais favoráveis à pessoa humana que as disposições da Constituição e leis nacionais, desde que ratificados.

Na Colômbia, a Constituição de 1991, em seu artigo 93, acentua que “os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna”. E prossegue dizendo: “Os direitos e deveres consagrados nesta Carta se interpretarão em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia”. Ou seja, atribui hierarquia constitucional a ditos tratados.

No México, desde a reforma de 2011, a qual alterou o artigo 1º da Constituição, afirma-se que o princípio *pro persona* regula a relação entre tratados internacionais e direito interno. Ou seja, surgindo eventual conflito prevalecerá a norma mais favorável à pessoa humana.

Por fim, no Brasil, ainda que entendamos que o artigo 5º, parágrafo 2º, deveria ser interpretado de acordo com a disposição mexicana do artigo 1º, não é essa a posição do Supremo Tribunal Federal que entendeu que os tratados internacionais de direito humanos têm hierarquia suprallegal, porém ainda abaixo da Constituição. Em 2004, após a emenda constitucional 45, incluiu-se na Constituição um novo parágrafo 3º ao artigo 5º, em que se instituiu um novo procedimento para que alguns obtenham formalmente hierarquia constitucional, instituindo, desta forma, um trâmite mais exigente que o procedimento de emenda no qual

não existe participação do Presidente da República. Deste ponto, inicia-se um novo debate sobre normas formal e materialmente constitucionais ou unicamente materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2011, p. 135).

Assim, as Constituições são parte de um novo ciclo também no tema dos direitos humanos, o que permite se contemplar um novo ambiente internacional dos direitos humanos, especialmente, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos com sede na Organização dos Estados Americanos.

2.4 CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO EM SUA DINÂMICA

A constatação das semelhanças entre o direito constitucional interno dos Estados nacionais latino-americanos pode se dar de modos diversos. Primeiro, havendo identidade entre a realidade constitucional que existe em ambiente nacional, também as instituições e os direitos previstos em sua Constituição tendem a se aproximar. Essa realidade constitucional aproxima o direito constitucional e o constitucionalismo desses Estados nacionais de modo não intencional.

Por outro lado, essa aproximação pode se dar, ainda, a partir da observação das instituições e dos direitos previstos em outras Constituições, de modo a ser possível conhecer e optar por decisões tomadas em outro ambiente constitucional como referência no momento de construção do texto constitucional.

Esse movimento, na América Latina, vem aproximando ordens constitucionais, com seus direitos e instituições, de modo a se poder falar, mais e mais, na formação de um *ius commune* latino-americano (CAVALLO, 2011, p. 52-53), que se funda, especialmente, na realidade constitucional aproximada de cada Estado nacional e no desenvolvimento de decisões por instituições habilitadas, que intensificam a observação dos problemas e das soluções de outros Estados nacionais ou organismos internacionais, como, p. ex., a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Seria possível dizer que existiria um constitucionalismo de perfil latino-americano? Derivaria da realidade constitucional assemelhada dos Estados nacionais da região? Qual o papel do sistema interamericano de direitos humanos? O que repercutiria ou derivaria dos tribunais essa aproximação? Essas questões, logo a seguir, passarão a ser enfrentadas.

2.5 A RECONFIGURAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO A PARTIR DO FINAL DE DÉCADA DE 1970

Não se pode negar, por óbvio, que as Constituições latino-americanas, historicamente, foram tidas como documentos de pouca efetividade, que pouco

fizeram para controlar movimentos políticos contrários aos seus conteúdos, podendo-se assim dizer de um constitucionalismo bastante focado em belas declarações, por um lado, com notas de simbolismo constitucional (NEVES, 2007, p. 1).

Também é possível afirmar que as Constituições latino-americanas nascidas a partir do começo da década de 1980 marcam, em linhas gerais, período de redemocratização após governos em grande medida militares/autoritários e deslegitimados democraticamente, tendo supostamente marcas a aproximá-las.

Pode-se dizer que alguns temas perpassam essas Constituições de forma semelhante. Essas mudanças introduzidas a partir da década de 1970, também, pretendem negar a necessidade de se produzir uma homogeneização cultural para admitir os conflitos e fortalecer os pluralismos existentes em cada estado nacional (UPRIMNY, 2012), inclusive étnicos e religiosos, alcançando, ainda, populações negras e indígenas que ganham autonomia a respeito de seus processos decisórios baseados em critérios tradicionais e também no gozo das terras em que se mantêm.

Os direitos sociais (*lato sensu*) viram uma expansão nos textos constitucionais, com a adoção de modelos sociais e democráticos de estado, com intervenção social e econômica, e se viu uma abertura ao direito internacional dos direitos humanos e o reforço, em ambiente nacional, das garantias fundamentais (judiciais) de direitos, com o reforço da justiça constitucional (UPRIMNY, 2012).

Outras características podem ser visualizadas, também, nas mais recentes Constituições venezuelana, equatoriana e peruana que, apesar de serem referência para o que se denomina “novo constitucionalismo latino-americano” (NCLA) (VICIANO; MARTINEZ, 2010, p. 34), não convencem como documentos e movimentos novos, mas, sim, como continuação das transições ocorridas a partir da década de 1980, passando por Brasil (1988), Colômbia (1991), Reforma Constitucional Argentina (1994) etc. Isso porque as “novidades” do NCLA já estavam presentes, em grande parte, nas anteriormente referidas.

Há, por consequência, características que apontam semelhanças entre todas essas Constituições.

A extensão dos textos constitucionais, sua complexidade (institucional) e rigidez acabariam por apontar não somente para a manutenção de longos textos já existentes a que os autores denominam “constitucionalismo clássico” latino-americano, muito fundado no constitucionalismo norte-americano. Isso porque essas Constituições receiam que as mudanças que pretendem produzir não se façam claras e que haja um processo de óbice de implementação, inclusive,

influenciando os trabalhos constituintes, de reforma, em medidas diversas (no caso boliviano e venezuelano, proibindo; no caso colombiano, limitando).

No caso da complexidade, define-se que questões como eleição de membros de órgãos da magistratura superior ou do Tribunal Constitucional Plurinacional (Constituição Boliviana, arts. 194 e 198) ou um mecanismo de coordenação de políticas fiscais e monetárias (Constituição Venezuelana, arts. 230 e ss.).

Essa complexidade conviveria com a simplicidade linguística, que objetiva popularizar essas Constituições (VICIANO; MARTINEZ, 2010, p. 31). Além disso, uma rigidez constitucional confundida com grau de imutabilidade, defendida claramente como solução importante, de modo que não se conheça a figura do poder constituinte reformador e se preserve intocáveis os textos constitucionais, como no caso da Bolívia (art. 411) e da Venezuela (arts. 342-346) ou nos casos colombiano (arts. 374 e ss) e equatoriano (art. 441), em que o processo é limitado para direitos fundamentais e algumas instituições. Por fim, defende-se a vinculação à vontade do poder constituinte como meio de preservação de decisões altamente transformadoras (UPRINMY, 2012).

Materialmente, fortalecem-se os mecanismos de participação democrática direta do povo, com a ampliação dos titulares de direitos políticos de participação e envolvendo uma majoração destes momentos de decisões que não por representantes, inclusive, os poderes de controle das decisões estatais em matéria financeira. A criação de instrumentos judiciais de proteção de direitos fundamentais novos e a ampliação do catálogo de direitos fundamentais, passando a conter direitos coletivos, além dos direitos tradicionais, direitos fundados em tratados internacionais, direitos que protejam minorias antes pouco referidas nos textos constitucionais, tais como mulheres, indígenas, negros etc., e, por último, a afirmação da necessidade de redução das desigualdades em sociedades altamente desiguais (VICIANO; MARTINEZ, 2010, p. 34).

Também o fortalecimento da independência judicial, com alargamento da participação deste órgão como a proteger e garantir direitos, aumentando seu papel de controle das arbitrariedades dos demais órgãos (UPRIMNY, 2012).

2.6 O BRASIL NESSE MOMENTO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

A partir das características acima expostas, necessário se faz verificar em que o constitucionalismo recente brasileiro a elas se adapta ou as conforma.

No âmbito da democracia participativa e da legitimação democrática, encontram-se formas de participação democrática interessantes, como as cons-

tantes no título IV do capítulo 1, da Constituição Colombiana de 1.991, o que se denomina governo participativo, ou no artigo 1º, da Constituição equatoriana de 1.998, ou ainda com suas referências a “governo participativo” na Venezuela e na Bolívia (preâmbulo e artigos 6, 18, 55, 62 e outros da Constituição Venezuelana e artigo 11 da Constituição Boliviana de 2.009), e, na Constituição equatoriana de 2008, conforme título IV, capítulo primeiro seção terceira.

Sobre o tema, interessa notar que já a Constituição brasileira ampliou esses mecanismos, em 1988. A começar por conter como um de seus princípios fundamentais, logo no artigo 1º, a afirmação de que o Estado brasileiro é um Estado Democrático de Direito, é dizer, não somente um Estado fundado na legalidade, ou no império da lei formal, mas também em exigências constitucionais de legitimação democrática do próprio Direito. Exige-se, assim, um ambiente democrático em que a participação popular não se esgota na antiga fórmula representativa, mas, também, e cada vez mais, aprofunda os mecanismos de participação popular direta nas decisões governamentais¹.

Aliás, sobre o tema Bonavides (2005) escrevera há muito tempo:

A ideologia constitucional dos países do Terceiro Mundo há de ser, por inteiro, distante da que ora prevalece no cogminado Primeiro Mundo. Se insistirmos em seguir à risca as transformações ali produzidas, por efeito de mudanças – processadas sempre no magno interesse de uma globalização concentradora de força, hegemonia e poder, restrita aos espaços confinados da central do capitalismo - , o constitucionalismo entre nós deixará de existir até mesmo como cópia de modelos externos.

¹ “A ideologia constitucional dos países do Terceiro Mundo há de ser, por inteiro, distante da que ora prevalece no cogminado Primeiro Mundo. Se insistirmos em seguir à risca as transformações ali produzidas, por efeito de mudanças – processadas sempre no magno interesse de uma globalização concentradora de força, hegemonia e poder, restrita aos espaços confinados da central do capitalismo - , o constitucionalismo entre nós deixará de existir até mesmo como cópia de modelos externos. Restará, tão-somente, a ficção e a caricatura de uma pseudo e evanescente soberania, escarnejada por conceito abstrato e sem conteúdo, a par da aceitação resignada da condição colonial irreparável. A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo. O cidadão nesse sistema é portanto o povo, a soberania, a nação, governo; instância que há de romper a sequencia histórica na evolução do regime representativo promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a uma democracia direta de natureza legitimamente soberana e popular” (BONAVIDES, 2005, pp. 34-35). É importante destacar a última manifestação de democracia direta: com mais de um milhão e setecentos mil assinaturas, foi encaminhada à Câmara dos Deputados – e aprovada como Lei Complementar nº 135/2010 – a chamada lei da ficha limpa, que institui novas hipóteses de inelegibilidade, notadamente a ausência de condenação, ainda que não transitada em julgado, por certos ilícitos. Esta lei foi alvo de intenso debate em duas frentes: a) sua aplicabilidade sobre as eleições de 2010, em razão do artigo 16 da Constituição; e b) sua inconstitucionalidade por violação da presunção de inocência. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou pela inaplicabilidade nas eleições de 2010.

Restará, tão-somente, a ficção e a caricatura de uma pseudo e evanescente soberania, escarnecida por conceito abstrato e sem conteúdo, a par da aceitação resignada da condição colonial irreparável. A chave constitucional do futuro entre nós reside, pois, na democracia participativa, que faz soberano o cidadão-povo cidadão titular efetivo de um poder invariavelmente superior e, não raro, supremo e decisivo. O cidadão nesse sistema é portanto o povo, a soberania, a nação, governo; instância que há de romper a sequência histórica na evolução do regime representativo promovendo a queda dos modelos anteriores e preparando a uma democracia direta de natureza legitimamente soberana e popular.

A Constituição de 1988 inscreveu, em seu texto, quatro ferramentas de participação: o plebiscito, o referendo, a ação popular constitucional e a iniciativa popular legislativa.

O plebiscito e o referendo são espécies de consulta popular vinculantes, com o objetivo de que diretamente os cidadãos se manifestem democraticamente sobre matéria constitucional, legislativa ou administrativa. O plebiscito “é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido”, enquanto o referendo “é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”². Em âmbito federal, foram utilizados algumas vezes, para manifestação popular sobre sistemas e formas de governo, legislação sobre desarmamento, eventos de criação de novos Estados membros.

A iniciativa popular legislativa, conforme o artigo 13 da Lei 9709/1998:

[...] consiste na apresentação de projeto de lei à Câmara dos Deputados, subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Há dois casos rumorosos de iniciativa popular recentes. Em 1989, após o assassinato brutal de uma atriz de novelas, coletaram-se assinaturas para envio de projeto de lei a respeito de crimes hediondos. Mais recentemente, coletaram-se assinaturas para aprovação de uma lei dificultando a candidatura de políticos com condenações ainda que não transitadas em julgado. Nas duas situações, a

² Conforme artigo 2º, §§ 1º e 2º da Lei 9709/1998: “Art. 2º Plebiscito e referendo são consultas formuladas ao povo para que delibere sobre matéria de acentuada relevância, de natureza constitucional, legislativa ou administrativa. § 1º O plebiscito é convocado com anterioridade a ato legislativo ou administrativo, cabendo ao povo, pelo voto, aprovar ou denegar o que lhe tenha sido submetido. § 2º O referendo é convocado com posterioridade a ato legislativo ou administrativo, cumprindo ao povo a respectiva ratificação ou rejeição”.

participação do Supremo Tribunal Federal, em controle de constitucionalidade, foi central para definir os limites constitucionais das duas leis. Por fim, a ação popular constitucional diz respeito à legitimação que detém todos os cidadãos para propor ação judicial “que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural” (artigo 5º, LXXIII).

Vale frisar, ainda, que, em âmbito legal (infraconstitucional) a participação do cidadão nos últimos anos, de modo direto, pode ser vista em diversas áreas em que o Estado, a partir dos seus agentes, decide: no parlamento, com as audiências públicas; no Judiciário, principalmente, no Supremo Tribunal Federal, com a participação popular em ações de inconstitucionalidade, como *amicus curiae* ou em audiências públicas; no poder Executivo, em audiências públicas em grandes processos licitatórios, ou com o espalhar, por diversas cidades brasileiras, da participação dos cidadãos na elaboração dos orçamentos, com discussões a respeito da alocação de verbas para tal ou qual objetivo orçamentário (orçamento participativo).

A democracia participativa vem se expandindo, o que enfraquece a visão liberal da forte separação entre Estado e sociedade, fazendo com que esses dois campos de poder estejam e sejam vistos cada vez mais próximos. Contrapõe-se à expansão do Estado, principalmente no século XX, por campos em que antes eram, mormente ocupados pela sociedade (leia-se a expansão da legislação sobre o direito privado, a assunção dos serviços de telefonia, energia elétrica, ferrovias, dentre tantos outros), a expansão da sociedade, por intermédio de ONGs, principalmente, ocupando em cooperação com Estado, muitas vezes, os campos da saúde, educação, proteção do meio ambiente, direito do consumidor etc. Vê-se, assim, que concomitantemente ao aumento do corpo estatal e de sua participação na vida privada dos cidadãos, a sociedade também atua, mais e mais, em espaços antes de exclusividade estatal. A ampliação das obrigações do Estado caminha, concomitantemente, com a absorção da tarefa do Estado pela sociedade. Pode isso ser verificado com a explosão associativa havida na última metade do século XX, o que faz com que a aproximação entre Estado e sociedade no Estado Social seja recíproca: quanto mais se exige do Estado, mais sociedade civil organizada é necessária para auxiliar ao próprio Estado, apresentando-se então um paradoxo, que afirma que quanto mais sociedade, mais Estado. E vice-versa.

Tem-se aí que novos atores sociais vêm responder à crise de credibilidade da política formal, fundada em partidos políticos, e esses atores não mais se resumem aos sindicatos, tão importantes no despertar do século passado, mas se remetem a outros grupos sociais organizados (movimentos sociais, por um lado, e empresas

transnacionais, por outro) no que se denomina Estado “Pós-Social” (CAMPILONGO, 2002, p. 32 e ss), ou Estado Social tardio, como preferimos. Esses grupos dependem de um fortalecimento de sua participação na disputa pela realização de seus interesses no seio dessa sociedade em mudança (LARA, 1992, p. 81).

Este “novo ambiente” acaba por fazer com que partidos políticos, sociedade civil organizada e os próprios cidadãos formem uma rede a tutelar e fiscalizar a ação estatal, inclusive judicialmente (KUNTZ, 2002, p. 18-19), para a mais eficiente distribuição de bens materiais.

Sobre a criação de instrumentos judiciais de proteção de direitos fundamentais, outra questão levantada anteriormente, com a sua respectiva constitucionalização, é decorrência lógica da falta de efetividade que os instrumentos de tutela de direitos fundamentais detêm em momentos autoritários, quando ou são suprimidos das Constituições, tal qual, no Brasil, ocorreu com o Mandado de Segurança na Constituição de 1937, no que denominamos Estado Novo, ou têm suprimida a sua efetividade em função, principalmente, da pressão que se deposita sobre o Poder Judiciário com o objetivo de torná-lo subserviente ao poder que momentaneamente ocupa o Governo. Acredita-se que a constitucionalização dos remédios constitucionais funciona como um elemento que dificulta a afronta aos direitos fundamentais pelo Estado tutelados.

Outra marca desse novo período é a ascendência, no que se refere ao tema poder político, do Poder Judiciário, que passa, mais a mais, a se tornar um poder ativo, que busca ocupar um espaço mais alargado na luta entre os poderes, de modo a se acreditar que pode, efetivamente, fazer-se, em contrapeso real, e não meramente formal, dos excessos e das omissões dos demais poderes. Denominamos esse movimento de ativismo judicial, a demonstrar que nos momentos em que as liberdades democráticas são mais respeitadas pelos poderes políticos, o Poder Judiciário se faz mais presente na vida dos cidadãos como um escudo às afrontas e excessos antijurídicos dos próprios poderes do Estado. Assim, no que se refere ao presente item, o constitucionalismo brasileiro pós 1988 se permitiu, inicialmente, não somente criar, mas, também, constitucionalizar remédios, podendo ser encontrados, no texto constitucional, o mandado de segurança, tanto na modalidade individual quanto coletiva, o *habeas data*, o *habeas corpus* e o mandado de injunção. Além desses, a Constituição prevê, ainda, as ações da modalidade concentrada e abstrata da jurisdição constitucional, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade, a Ação Declaratória de Constitucionalidade e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Além da previsão expressa de tais remédios constitucionais em seu texto, a ordem constitucional inaugurada com a Constituição de 1988 aprofundou uma

realidade atinente à atividade judicial: ganhou terreno o poder de criação do direito pelos juízes e, mais ainda, aumentou-se o número de vozes de sérios analistas da realidade jurídica entendendo que o ativismo judicial passara a ser visto como parte dessa nova realidade constitucional.

Com isso, ganham espaço, no âmbito da atividade judicial, institutos jurídicos antes desconhecidos ou pouco conhecidos, como o controle das omissões inconstitucionais da administração pública e dos parlamentos, as técnicas de decisão, como a interpretação conforme, as sentenças manipulativas, aditivas, as decisões judiciais concretizadoras de direitos sociais, provedoras, dentre outras novidades. O Poder Judiciário ganha espaço na arena política e o juiz passa a ser um ator político privilegiado, visto que detém o poder de concretizar direitos fundamentais independentemente de algumas amarras, como a perspectiva da representatividade democrática fundada no voto e no mandato.

Nos últimos anos, tem-se percebido, no Brasil e na América Latina (POU, 2011, p. 237), uma expansão do papel concretizador de direitos fundamentais por parte dos juízes. Esse fenômeno vem sendo debatido e estudado a partir de algumas denominações: ativismo judicial, controle jurisdicional de políticas públicas ou judicialização da política (MACEDO, 2011, p. 351).

No caso brasileiro, essa novidade pode ser vista permeando a jurisprudência de diversos tribunais, em temas os mais variados: distribuição de remédios, acesso a leitos em hospital, vagas em escolas públicas, dentre tantos outros, que demonstram o poder normativo dos juízes, não somente anulando políticas públicas, mas alterando-as ou, inclusive, criando-as.

Ainda no caso brasileiro, percebe-se um sensível alargamento do catálogo de direitos fundamentais no texto constitucional, ainda que o catálogo de direitos fundamentais previsto na Constituição Brasileira originária pudesse ser considerado deveras extenso.

Mais do que isso, a nova Constituição, intencionalmente, trouxe esse catálogo, de forma inaugural no constitucionalismo brasileiro, para o começo do texto. Assim, entre os artigos 5º e 16, foi previsto um largo catálogo, passando pelos direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos. Além desses, o artigo 5º, parágrafo 2º, estabelece um mecanismo de abertura constitucional para direitos implícitos e outros decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Vale ainda recordar que esse catálogo não é exaustivo e permite a *descoberta* de direitos fundamentais em outros espaços da Constituição, como direitos nos campos tributário, econômico, ambiental, consumidor, criança e adolescente, idosos, indígenas etc.

Trata-se de um expediente exaustivo, labor da Assembleia Constituinte de 1987/88, com a constitucionalização de diversos direitos anteriormente previstos em âmbito legal, podendo-se verificar um fenômeno de sobreposição de ordens afetas a direitos, com previsão em leis, na própria Constituição e, ainda, em âmbito internacional (TRINDADE, 1991, p. 631).

O que poderia ser visto, pejorativamente, como fruto da cultura codicista que assola a intelectualidade jurídica nacional, na verdade, é fruto do receio fundado na história constitucional brasileira, impregnada de momentos autoritários ou de pouco espírito democrático. Essa constitucionalização, se não bloqueasse processos antidemocráticos, ao menos dificultaria rupturas fundadas em movimentos de força como esses citados. Acoplado ao ativismo judicial, vem funcionando, razoavelmente, como um esteio ao processo de consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, de modo a fazer com que aqueles que reiteradamente buscam retrocessos no campo dos direitos fundamentais tenham dificultados os seus trabalhos de reforma constitucional.

No que se refere aos direitos decorrentes de tratados internacionais, a nova ordem constitucional em debate foi pródiga em torná-los eficazes juridicamente. Em 1988 havia tratados anteriormente assinados que somente após a promulgação da Constituição foram ratificados. Além destes, novos tratados assinados foram ratificados e se tornaram direito eficaz, internamente, visto que a posição dominante na jurisprudência pátria não é da aplicabilidade imediata dos direitos decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos, em que pese dela discordarmos. Esse é uma demanda exigida, ordinariamente, por aqueles que lutam pelo fortalecimento dos mecanismos de integração, ou de internacionalização do direito constitucional.

CONCLUSÃO

O presente artigo pretende unicamente apontar as semelhanças que podem ser vistas em processos constitucionais que ocorrem concomitantemente na América Latina especialmente a partir do final da década de 1970.

Nesse sentido, verifica-se que o Brasil se encaixa, ao mesmo tempo em que estimula, um processo que mostra identidade entre características das Constituições nacionais.

Esse processo pode ser acoplado a um outro que decorre do direito internacional dos direitos humanos que se apresenta no continente, mas que merece outro trabalho.

Como não se pretende concluir nesse espaço, quis-se muito mais, em uma perspectiva mais descritiva que crítica, mostrar que ainda que não volitivamente,

mostram-se assemelhados alguns processos políticos e constitucionais na região política chamada América Latina.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Seixas Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAMARENA, Javier Patiño. Consideraciones en torno a la democracia representativa y al referéndum en México. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (Coord.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Os Desafios do Judiciário: Um Enquadramento Teórico*. In: FARIA, José Eduardo. *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 2002.

CARPIZO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (Coord.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

CAVALLO, Gonzalo Aguilar. ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II). *Revista Derecho del Estado* n.º 26, enero-junio de 2011.

CORAO, Carlos Ayala; CASAL, Jesús. La evolución político-constitucional de Venezuela 1975-2005. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Org.). *La Evolución Político-Constitucional de América del Sur 1976-2005*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. Os Desafios do Direito Constitucional Brasileiro: Continuar a ser um instrumento efetivo de cidadania. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n. 1, São Paulo: Del Rey, 2003.

GARGARELLA, Roberto. Injertos e rechazos: radicalismo político y transplantes constitucionales en América. In: GARGARELLA, Roberto. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Tomo I. Democracia. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

GIMÉNEZ, Francisca Pou. Justicia constitucional y protección de derechos em América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. In GARAVITO, César Rodríguez(-Coord). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

KUNTZ, Rolf. Estado, Mercado e Direitos. In: FARIA, José Eduardo e KUNTZ, Rolf. *Qual o futuro dos direitos? Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LARA, Maria Josefa Rubio. Los Fundamentos Políticos del Estado de bienestar. *Revista de Ciências Sociais Sistema*, Madrid: Fundación Sistema, 1992, n. 107.

MACEDO, Ronaldo Porto. Derecho social, medio ambiente y desarrollo. Reflexiones en torno a un caso exitoso. In GARAVITO, César Rodríguez(-Coord). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NINO, Carlos. El hiperpresidencialismo argentino y las concepciones de la democracia. In: Nino, Carlos, Gargarella, Roberto y otros. *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

ORTIZ GUTIÉRREZ, Julio C. La evolución político-constitucional de la República de Colombia 1976-2005. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Org.). *La Evolución Político-Constitucional de América del Sur 1976-2005*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

PATIÑO, Néstor Osuna. Dos claves de la evolución constitucional colombiana de los años recientes: los derechos fundamentales y la democracia. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Org.). *La Evolución Político-Constitucional de América del Sur 1976-2005*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIZZOLO, Calogero. Populismo y rupturas constitucionales - Los casos de Venezuela, Bolivia y Ecuador. *Estudios constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 5, nº. 1, 2007.

SAGÜES, Néstor Pedro. Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, poder judicial, derechos fundamentales (1975-2005). In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (Org.). *La Evolución Político-Constitucional de América del Sur 1976-2005*. Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

TRINDADE, Antonio Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

VICIANO, Roberto e MARTINEZ, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In Corte Constitucional de Ecuador para el período de transición. El nuevo constitucionalismo en América Latina. QUITO: Corte Constitucional del Ecuador, 2010.

UPRIMNY, Rodrigo. *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, Disponible em: <<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/242.pdf>>. Acesso em 20 de agosto de 2012.

**A JUSTIÇA PELAS LENTES DO CINEMA:
O FILME “12 HOMENS E UMA SENTENÇA” E A CRÍTICA
AO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO**

***JUSTICE THROUGH CINEMA LENSES: THE FILM “12 ANGRY
MEN” AND THE CRITICISM TO THE BRAZILIAN JURY***

Liziane Paixão Silva Oliveira

Pós-Doutorado pela Universidade Aix-Marseille III, na França (2014-2015). Doutorado na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012). Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito/Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes.

Vilobaldo Cardoso Neto

Mestre em Direito (Concentração em Direitos Humanos) pela Universidade Tiradentes (UNIT). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus - FDDJ. Professor Adjunto na Universidade Tiradentes. Advogado.

Pedro Meneses Feitosa Neto

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Alberto Hora Mendonça Filho

Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Graduado em Direito (UNIT). Advogado. Membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM).

Submetido em: 18/03/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5695>

Resumo: A Constituição Federal de 1988 garante ao Tribunal do Júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, de tal modo que as ações penais que versam sobre esses crimes são julgadas por particulares. A par disso, a confluência do Direito com o Cinema, em especial no drama da década de 60 intitulado “12 homens e uma sentença” (*12 Angry Men*), apresenta algumas

críticas contra a justeza inerente ao referido instituto. Assim, busca-se estudá-la, apresentando um paralelo entre a citada película e o tribunal do júri, mormente o modelo brasileiro. Para tanto, o presente artigo adota, metodologicamente, uma pesquisa de abordagem qualitativa, sendo também bibliográfica, na medida em que são utilizados documentos que já receberam tratamento analítico. Busca-se demonstrar que, consoante asseverado no filme, a prova processual pode ser, no Conselho de Sentença, enfraquecida por fatores externos, de maneira que a íntima convicção do veridicto - que abarca o seu viés democrático - também pode levar a arbitrariedades. Enfim, a despeito de tais controvérsias, o procedimento do Júri encontra-se, no rol de direitos fundamentais, na Carta Magna de 1988, o que torna imperioso o estudo de suas regras e nuances à prática forense.

Palavras-chave: Justiça; Sistema Penal; Tribunal do Júri.

Abstract: *The Federal Constitution of 1988 ensures to the Jury the trial of intentional crimes against life, in such a way that the criminal actions that deal with these crimes are judged by individuals. In addition, the confluence between Law and Cinema, especially in the 1960's drama entitled "12 men and one sentence" (12 Angry Men), presents some criticisms against the correctness inherent to the institute. Thus, it is sought to study it, presenting a parallel between the aforementioned film and the jury's court, mainly the Brazilian model. For this, the present article adopts, methodologically, a research of qualitative approach, being also bibliographical, since documents that have already received analytical treatment are used. It seeks to demonstrate that, as asserted in the film, procedural evidence may be weakened by external factors in the Sentencing Council, so that the close conviction of the verdict - which includes its democratic bias - can also lead to arbitrariness. Finally, in spite of such controversies, the Jury's procedure is, in the list of fundamental rights, in the Magna Carta of 1988, which makes it imperative to study its rules and nuances to forensic practice.*

Keywords: *Justice; Criminal System; Jury Court.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito e Cinema: Breve análise do clássico “12 Homens e uma Sentença”. 3. O júri norte-americano: do instituto retratado no filme ao vigente nos dias atuais. 4. O Tribunal do Júri no direito pátrio. 5. Críticas ao Tribunal do Júri brasileiro sob a ótica de “12 homens e uma sentença”. 5.1. A quem beneficia a dúvida? 5.2. A íntima convicção: uma questão de justiça? Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em tempos de transjuridicidade, o diálogo entre Thêmis, deusa grega da Justiça, e Calíope, musa da poesia, exsurge, de modo indelével, no cenário acadêmico, ao ponto de se dizer que “quem só sabe direito, nem sequer direito sabe direito” (FRANCA FILHO, 2016).

De tal maneira, o Cinema, sétima arte que o é, mostra-se de grande valia ao Direito. Nessa linha, a obra “12 homens e uma sentença” apresenta uma série de questões relevantes à ciência jurídica, sobretudo ao processo penal. Reverberam assim, dentre outros temas, a *justeza* da decisão do Conselho de Sentença, pautada apenas, no cenário brasileiro, na maioria dos votos de jurados confinados; a análise crítica da íntima convicção, correlacionando-a à Teoria da Decisão como um todo e

à Hermenêutica; como também a relevância do princípio do *in dubio pro reo* ao Direito Penal, mormente no Tribunal do Júri – dada a gravidade do delito imputado.

Assim sendo, o presente trabalho visa a extrair o conceito de justiça, a partir do cenário exibido no filme, e buscar sua aproximação com a jurisdição brasileira. Apresenta-se, de tal modo, um profícuo diálogo entre Direito e Cinema, após breve narrativa do filme, para assim delinear o regramento pátrio destinado ao Tribunal do Júri e ao instituto de modo geral, apontando, enfim, críticas quanto à íntima convicção, o critério de justiça acolhido e a desatenção ao princípio do *favor rei*, segundo o qual, a dúvida entre posições antagônicas deve tender àquela que beneficia o réu. Abordam-se, também, graças ao roteiro descrito na película, algumas características do Tribunal do Júri dos Estados Unidos da América.

No que toca à metodologia empregada, adota-se a técnica de pesquisa bibliográfica, na medida em que foram consultados documentos que já receberam tratamento analítico. Entrementes, são citados vários exemplos trazidos na obra cinematográfica que demonstram a importância dos debates sobre presunção de inocência, fatores influenciadores dos jurados e até mesmo a eficácia de uma decisão advinda do Júri, denotando, desta forma, a aludida simbiose que pode ser estabelecida entre Direito e Cinema.

O primeiro capítulo trata da relevante relação estabelecida entre a ciência jurídica e o Cinema, que se denota especialmente no filme “12 homens e uma sentença”. Posteriormente, apresenta-se um breve panorama sobre a regulamentação do Júri no direito estadunidense. Após, a fim de propiciar uma análise comparada, é demonstrada a disposição legal do instituto no direito pátrio. Por fim, faz-se uma abordagem crítica do Tribunal do Júri, a partir do filme citado, sobretudo quanto ao princípio do *favor rei* e o sistema da íntima convicção, afeto à avaliação da prova nesse procedimento.

2 DIREITO E CINEMA: BREVE ANÁLISE DO CLÁSSICO “12 HOMENS E UMA SENTENÇA”

Observada a necessidade interpretativa da Ciência do Direito (atividade influenciada pela cultura e pela própria vivência do indivíduo), bem como a capacidade de desconstrução da certeza das crenças postas, na medida em que se inscrevem no horizonte hermêutico novas experiências, há que se reconhecer a relevância do Cinema que age, simultaneamente, “[...] como um instrumento pedagógico rico que outorga aos alunos uma visão mais realista do seu campo de trabalho e como recurso na formação de profissionais dotados de habilidade e competência na dedicação de fenômenos de caráter transdimensional”, conforme destacam Sousa e Nascimento (2011, p. 105).

Isso porque, segundo Coelho (2012, p. 11), é descabido restringir a formação do jurista ao mero aprendizado de regras positivadas, visto que aquela “apenas se forja pela efetiva experiência do mundo intersubjetivo”. Para Queiroz (2007), “uma boa interpretação, na arte como no direito, mais do que técnica e razão, exige talento e sensibilidade. E a técnica jurídica é apenas um meio a serviço de um fim: a justiça”¹².

Assim, essa simbiose entre o Direito e a Arte é de extrema valia, afinal a literatura e o Cinema podem ensinar muito ao direito, haja vista a carência de grandes narrativas no direito, de modo que Streck e Karam Trindade (2013, p. 227) acentuam:

A literatura pode humanizar o direito. Há vários modos de dizer as coisas. Uma ilha é um pedaço de terra cercado por água, mas também pode ser um pedaço de terra que resiste bravamente ao assédio dos mares. É comum dizer que o galo canta para saudar a manhã que chega; mas, quem sabe, ele canta melancolicamente a tristeza pela noite que se esvai.

Visto isso, a película *12 Homens e Uma Sentença*³ (*12 Angry Men*), dirigida por Sidney Lumet, revela uma série de inquietações existentes no mundo jurídico, razão pela qual o presente artigo terá sua atenção voltada a este clássico do cinema mundial.

Datado de 1957, o filme, roteirizado por Reginald Rose, circunscreve-se, quase todo o tempo, à sala dos jurados, onde deliberam o julgamento do caso. Cabe destacar a atuação do vencedor de Oscar, Henry Fonda, no papel principal, conduzindo toda a trama. Alerta-se, de pronto, que o veredito só deveria ser proferido por cada jurado, quando convictos das circunstâncias fáticas e probatórias que ensejariam a condenação ou a absolvição do jovem porto-riquenho, acusado de parricídio, isto é, o assassinato do próprio pai.

¹ Afinal, como sugere Boaventura de Sousa Santos (1988, p. 147-148), o direito legislado, que está nos Códigos, é tão somente uma das várias formas de juridicidade, de modo que se destaca a ideia de *pluralismo jurídico*.

² Convém, neste íterim, lembrar a crítica contumaz que o próprio Santos (2011, p. 81-97) faz ao ensino do direito e à formação dos operadores do direito, destacando a necessidade de uma verdadeira “revolução” em uma série de elementos. Um desses pontos carentes de urgente reforma, segundo Santos, é o “refúgio burocrático” das instituições jurídicas, em há uma “preferência por tudo que é institucional, burocraticamente formatado. Deste modo, uma das possíveis saídas para esse cenário, destaca Santos, é uma “revolução nas faculdades de direito”.

³ A obra trata-se de um clássico do cinema mundial, tendo concorrido ao Oscar de 1958 nas categorias de Melhor Diretor, Melhor Filme e Melhor Roteiro Adaptado e ganhado o Urso de Ouro no Festival de Berlim de 1957. Henry Fonda, ator principal do filme, ganhou o BAFTA 1958 (Reino Unido), na categoria de Melhor Ator Estrangeiro (IMDB, 2017).

Num primeiro momento, 11 jurados verteram pela culpa do acusado, restando apenas o Sr. Davis (Henry Fonda), jurado número 8, contra a condenação do rapaz à pena de morte, sem que antes houvesse discussão sobre o caso. Desse modo, o roteiro se desenvolve a partir das tentativas do Sr. Davis em convencer os outros 11 jurados sobre a inocência⁴ do denunciado, em vista da fundada dúvida acerca de sua culpabilidade.

Verifica-se, no decorrer do filme, a preocupação maior de cada jurado em seu universo particular. Por exemplo, um está preocupado com o calor na sala; outro com a perda da transmissão do jogo, que eventual atraso poderia resultar.

A discussão começa e algumas provas são postas em debate: duas testemunhas teriam visto o homicídio; o rapaz comprou uma faca igual a que foi encontrada ao lado do corpo do pai; o histórico do garoto; o fraco álibi consistente na ida ao cinema no horário do crime. Pouco a pouco, as evidências outrora inquestionáveis encontram brechas e os jurados, ao se despirem dos seus pré-conceitos, mudam os veredictos para a absolvição do garoto, sendo, por fim, julgado o caso no sentido de absolver o réu dos gravosos fatos que lhe eram imputados.

Cabe ressaltar que a constituição de veridicto, após o debate entre os jurados na sala fechada, assemelha-se ao procedimento do júri, aplicado, até hoje, na maioria dos estados norte-americanos.

3 O JÚRI NORTE-AMERICANO: DO INSTITUTO RETRATADO NO FILME AO VIGENTE NOS DIAS ATUAIS

Na Constituição norte-americana, o julgamento pelo júri popular consubstancia-se numa verdadeira garantia fundamental de todo cidadão. Nesse sistema, grande parte dos juízes e membros do Ministério Público não são concursados, mas sim nomeados pelo Poder Executivo (NUCCI, 2015, p. 59-60). A esse respeito, dispõe a Carta Magna estadunidense em seu art. 3º, Seção II, item 3:

O julgamento de todos os crimes, exceto em casos de *impeachment*, será feito por júri, tendo lugar o julgamento no mesmo Estado em que houverem ocorrido os crimes; e, se não houverem ocorrido em nenhum dos Estados, o julgamento terá lugar na localidade que o Congresso designar por lei⁵.

⁴ Oportuno destacar que, num primeiro momento, verifica-se que o personagem interpretado por Henry Fonda não está convicto acerca da inocência do jovem submetido ao julgamento daqueles 12 jurados, entretanto adverte aos demais que, ainda assim, não existem naquele caso provas suficientes para a condenação do acusado, motivo pelo qual este deveria ser absolvido.

⁵ No documento original: "*The Trial of all Crimes, except in Cases of Impeachment, shall be by Jury;*

Como menciona Baliardo (2010), cerca de 90% dos júris acontecem nos Estados Unidos, devido à margem constitucional ampla oferecida ao instituto no tocante à competência jurisdicional. Vê-se, portanto, um grande rol de crimes de competência do Tribunal do Júri, o que já diferencia do cenário brasileiro, onde, como veremos, restringe-se aos crimes dolosos contra a vida.

Aliás, tratando-se de processo criminal, a VI Emenda confere ao acusado os direitos de celeridade e publicidade no julgamento:

[...] por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado⁶.

Além de que a V Emenda preceitua que “ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri[...]”⁷. Em consequência disso, mostra-se a relevância de verificar se há indícios de que houve prática de crime considerado mais grave.

Vale dizer que, de acordo com a XIV Emenda⁸, Seção I, é vedado ao estado-federado a elaboração de lei que mitigue ou diminua privilégios ou imunidades dos cidadãos do Estados Unidos, como é o caso do julgamento pelo tribunal popular.

Percebe-se, portanto, a segurança jurídica dada por esta emenda ao garantir que, de pronto, o particular saiba que, seja qual for o estado-federado, haverá o julgamento perante o júri, isso porque a autonomia estadual, legiferante e político-administrativa, lá é bastante elevada.

Antes de constituir o Conselho de Sentença, precede-se o *voir dire*, procedimento no qual os interessados questionam os potenciais jurados, visando a

and such Trial shall be held in the State where the said Crimes shall have been committed; but when not committed within any State, the Trial shall be at such Place or Places as the Congress may by Law have directed”.

⁶ No documento original: “*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence*”.

⁷ No documento original: “*No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury [...]*”.

⁸ No documento original: “*All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws*”.

conhecer, de antemão, suas opiniões, podendo então, diante delas, recusá-los ou não (NUCCI, 2015, p. 58). Ensina Baliardo (2010) que *voir dire* “é a expressão de origem anglo-normanda para o que, em latim, é conhecido como *verum dicere*, isto é, ‘dizer o que é verdadeiro’, em outras palavras, ‘o que implica em verdade’ ou ‘reúne verdade em sua essência’”.

Isso repercute na criação de “estratégias”, tanto da acusação quanto da defesa, para selecionar os jurados a partir de características sociais, raciais e psicológicas do jurado em potencial, podendo ou não aceitá-lo, de acordo com seus interesses. Cabe registrar, como será demonstrado adiante, que inexistre previsão normativa, no Direito Brasileiro, nesse sentido, de modo que as recusas injustificadas são efetivadas apenas com base na percepção superficial.

Outro interessante ponto de reflexão é o de que a competência do júri, nas cortes federais, é disponível ao acusado, até mesmo nos casos de pena de morte, desde que devidamente assistido por advogado e com a anuência do promotor e do magistrado.

4 O TRIBUNAL DO JÚRI NO DIREITO PÁTRIO

Como adverte Bonfim (2014), inexistente, em toda a América do Sul, composição similar ao Júri brasileiro, de modo que a Argentina, por exemplo, desconhece por inteiro e, nos demais casos, há apenas procedimentos pautados por maior oralidade, mas nada análogo.

Em comparação aos Estados Unidos, no mais das vezes, ocorre lá um conflito entre as normas federal e estadual, sendo os *Trial Juries*, compostos por doze jurados, aquilo que mais se assemelha. No entanto, indeléveis notas os distingue do instituto brasileiro, quais sejam, “a necessidade da votação unânime e a não existência da ‘incomunicabilidade entre os jurados’, bem como do ‘sigilo das votações’, razão pela qual dá-se exatamente o contrário: o voto é revelado” (BONFIM, 2014, p. 27-28).

A despeito do que se possa pensar e concluir, o Tribunal do Júri, propriamente dito, não surgiu na Inglaterra, sendo a sua origem alvo de debates entre os autores, mas pacífico é o entendimento de que, muito embora com outra formação, já era conhecido por outros povos (RANGEL, 2015, p. 603). Neste sentido, Bandeira (2010, p. 21) destaca que os primeiros vestígios do instituto remontam à Grécia Antiga, na qual, desde o século IV a.C, os seus cidadãos reuniam-se em praça pública e formavam o tribunal dos Heliastas.

Edmundo Oliveira (1999, p. 103 apud STRECK, 2001, p. 75), em “O Tribunal do Júri na Administração da Justiça nos Estados Unidos”, expõe um trecho de

Criminal Justice, escrito por James, A. Inciardi, onde sobressaltam os primórdios do Tribunal do Júri:

[...] os antigos gregos tiveram a sabedoria de criar o principio da Justiça Popular que floresceu e se consolidou nos sistemas legais através das gerações. A título de ilustração, e oportuno lembrar que a Helieia, de 2501 a 201, foi o Tribunal Popular da Grécia Antiga que inspirou a formula inglesa do Tribunal do Júri, introduzido na *Common Law* a partir de 1066 pelo rei *Guilherme*, o conquistador *normando*. Durante a *Heliéia*, Demostenes se consagrou como Tribuno, merecendo destaque também a Apologia de Sócrates feita por Platão, que se revoltou contra a condenação do seu Mestre Sócrates pela Helieia. A partir de 1215, o Concílio de Latrão provocou significativa *reviravolta* no Tribunal do Júri na Inglaterra, época do período *English Liberty*. O *Bill of Rights*, redigido por James Madison, trouxe a *conquista* do *Writ of Habeas Corpus*, modelo inglês que serviu de inspiração aos países do mundo todo.

No Brasil, há quem sustente a inspiração francesa no momento de criação do instituto, que, por seu turno, importou da Inglaterra o modelo de Júri Popular e colocou-o em prática já no ano seguinte à Revolução Francesa (STRECK, 2001, p. 87).

Vale reproduzir o ensinamento de Bandeira (2010, p. 27) sobre o surgimento do modelo de julgamento no território nacional:

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil pela Lei de 18 de julho de 1822, com competência para julgar exclusivamente crimes de imprensa. A sua composição inicial era de vinte e quatro jurados escolhidos “dentre os homens bons, honrados, inteligentes e patriotas”. O réu poderia recusar até dezesseis jurados e só poderia recorrer à clemência do príncipe regente. Posteriormente, a Constituição do Brasil imperial previu o Tribunal do Júri como órgão do Poder Judiciário com competência para se pronunciar sobre os fatos. Todavia, a Lei de 20 de setembro de 1830 deu contornos mais precisos, instituindo o júri de acusação e o júri de julgamento, nos moldes do *petit jury* e *grand jury* do sistema inglês. O júri de acusação era composto por vinte e três membros e incumbido de apreciar a formação de culpa.

Trata-se de instituto pretérito à própria República Brasileira, previsto, inclusive, na Constituição do Império, ainda que de reduzida competência - apenas para pronunciamento sobre os fatos. Com o advento da Lei de 20 de Setembro de 1830, como visto, foram instituídos os Júris de acusação e julgamento, aproximando-se, de tal modo, do modelo inglês e do modelo atual de Júri Popular, como órgão do poder judiciário.

Conforme reza o art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal de 1988, o Tribunal do Júri é reconhecido como instituição competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo-lhe assegurado: a plenitude de defesa; o sigilo das votações; a soberania dos veredictos.

Quanto à competência, estende-se ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes de homicídio, infanticídio, auxílio ou instigação ao suicídio e o aborto, aos quais o Código Penal dedicou capítulo próprio (Título I, Capítulo I, Dos Crimes Contra a Vida). Nesse ponto, importante esclarecer que outros crimes que contenham resultado morte, tais como latrocínio ou extorsão mediante sequestro seguida de morte, por não serem tachados como crimes dolosos contra a vida, são julgados por juízes singulares, conforme o teor da súmula 603 do Supremo Tribunal Federal⁹.

Percebe-se que o constituinte não mencionou a forma tentada e tampouco os crimes conexos. Acerca disso, ensina Greco Filho (2015, p. 449):

A tentativa não necessitava, mesmo, ser citada, porque o crime tentado é o próprio crime em fase de execução. Já quanto aos conexos, a menção seria conveniente, mas a extensão a eles é da tradição do direito brasileiro, e não se questionou a sua exclusão nem mesmo na época em que a competência do júri era privativa para os crimes dolosos contra a vida.

Até porque o art. 78, § 1º, do Código de Processo Penal, atribui ao Tribunal do Júri como foro prevalente em caso de concurso desta jurisdição com o outro órgão da Justiça Comum. Além disso, o art 74, § 1º, do mesmo código dispõe que:

Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

§ 1º Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, §§ 1º e 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados.

Convém distinguir a ampla defesa da plenitude de defesa, isso porque “a plenitude do direito de defesa significa que a defesa no âmbito do tribunal do júri deve ser mais intensa do que a defesa para os demais processos em geral” (DEZEM, 2017, p. 937).

Em verdade, como no direito não há palavras vãs, a expressão plena remete a um leque probatório muito superior ao dos procedimentos ordinários, sendo

⁹ “A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri”.

possíveis argumentos de ordem moral, filosófica e/ou religiosa, por exemplo. Assim, garante-se também a defesa técnica, como também a autodefesa exercida pelo próprio réu em ambas as fases. Para possibilitar a primeira, é possível que o Juiz-presidente inclusive nomeie “defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento, com a nomeação ou a constituição de novo defensor”, segundo o art. 497, V, do Código de Processo Penal.

Já, por conta do sigilo das votações, assegura-se a incomunicabilidade do corpo de jurados entre si e com terceiros para preservar a íntima convicção. Aliás, nenhum sujeito processual poderá saber como tal jurado analisou determinado quesito, tendo em vista que não há qualquer espécie de contato entre os jurados e os demais sujeitos processuais, no momento da votação, visto que esta se dá, sigilosamente, por meio de células físicas.

Com essa determinação, o legislador busca a imparcialidade dos votos no Júri, temendo o “efeito cascata” na votação, onde jurados seguiriam votos dos outros apenas por seguir, para não estabelecer divergência. E, considerando-se que o julgamento pode mudar drasticamente a vida do acusado, a ponto de privar sua liberdade, esse tipo de situação não deve existir.

Deve-se observar ainda que “[...] a teor do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CF, a ‘instituição do júri’ configura *clásula pétrea*, insuscetível de modificação pelo Poder Constituinte Derivado” (MARCÃO, 2016, p. 911, grifo do autor). Tal regra constitucional direciona ainda à lei ordinária a tarefa de organizar o júri, o que configura, nas palavras de Mendes e Branco (2014, p. 487) “reserva legal qualificada”. Em face disso, o Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 3.689/1941) regula o procedimento do Júri dos artigos 406 ao 497.

Portanto, de acordo com o Código de Processo Penal, o júri comporta duas fases, quais sejam, “a formação da culpa (*judicium acusationis*) e o julgamento propriamente dito (*judicium causae*)” (MENDES; BRANCO, 2014, p. 487). Como já mencionado, a primeira delas compreende os atos do recebimento da denúncia até a pronúncia, já segunda estende-se até a sessão de Julgamento¹⁰.

A primeira fase (*judicium acusationis*) inicia-se com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou queixa-crime subsidiária, segundo as exigências do art. 41 do Código de Processo Penal, a saber, exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

¹⁰ O Tribunal de Justiça do Distrito Federal elaborou um roteiro sobre o procedimento do júri. Para o acesso, consultar: <https://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/TRIBUNALDOJURI_dia.pdf>.

Após, o juiz competente ordenará a citação do acusado para responder a acusação, vide art. 406, ou rejeitará liminarmente a inicial com base em alguma hipótese do art. 395, ambos do Código de Processo Penal, que são a inépcia da denúncia, ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou de justa causa para o exercício da ação penal.

Uma vez citado, o réu oferecerá resposta à acusação a fim de demonstrar e justificar atos, especificar provas a produzir, arrolar testemunhas e praticar todos os atos que sejam necessários para a sua defesa. Posteriormente, oportuniza-se ao autor da ação penal o direito de se manifestar acerca da resposta do acusado para que depois seja realizada audiência de instrução, na qual se realizarão os debates, interrogatórios e o Juiz proferirá decisão.

Explica Avena (2013, p. 576) que “neste momento, faculta-se ao magistrado pronunciar o réu, impronunciá-lo, absolvê-lo sumariamente ou desclassificar a infração penal”.

O Juiz, ao identificar indícios de autoria e materialidade do fato delitivo, proferirá sentença de pronúncia. Nesse sentido, o art. 413 do diploma processual penal aduz: “O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação”.

Apenas com a decisão de pronúncia haverá o prosseguimento do processo criminal na vara na qual tramita e o posterior julgamento pelo tribunal do júri (AVENA, 2013, p. 576). Após a preclusão da sentença de pronúncia, os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri (art. 421, CPP), iniciando-se, assim, a segunda fase do procedimento.

O juiz então notificará as partes para que arrolem testemunhas no prazo de 5 (cinco) dias, apresentem rol de testemunhas que irão depor em plenário, até o máximo de 5 (cinco), oportunidade em que poderão juntar documentos e requerer diligências, nos termos do artigo 422 do citado CPP.

Depois de sanadas todas as questões relacionadas a nulidades e matérias fáticas, o juiz determinará data para o julgamento do réu pelo tribunal do júri. A sessão de julgamento ocorrerá conforme as alterações procedimentais promovidas pela Lei 11.689/2008. Serão convocados 25 (vinte e cinco) jurados escolhidos a partir de sorteio e estes terão que se fazer presentes no dia do julgamento. Desses, serão sorteados 7 (sete) que comporão o conselho de sentença, responsável efetivamente pelo julgamento do réu.

Na sessão de julgamento, são realizadas as oitivas do réu e das testemunhas, nas quais os jurados, a acusação e a defesa poderão formular perguntas a fim de

que sejam esclarecidos fatos e alegações (arts. 473 a 475). Ato contínuo, inicia-se a fase dos debates entre a acusação e defesa e, logo após, a quesitação. Nessa fase, o conselho de sentença decidirá, por meio de respostas objetivas e sigilosas, acerca da materialidade do fato, da autoria, e se o acusado deve ser absolvido ou não.

A título de curiosidade, é nessa etapa que se desenrola a trama do filme.

5 CRÍTICAS AO TRIBUNAL DO JÚRI BRASILEIRO SOB A ÓTICA DE “12 HOMENS E UMA SENTENÇA”

5.1 A QUEM BENEFICIA A DÚVIDA?

A mera instauração do processo penal *per se* afeta a dignidade da pessoa humana, a quem é imputada o fato criminoso (JARDIM, 1999, p. 93). Desse modo, o devido processo legal e a presunção de inocência ou de não-culpabilidade, como optam alguns, constituem-se em autênticas garantias mínimas do indivíduo em face do poderio estatal, segundo a lição de Oliveira (2008, p. 283-284).

Não por acaso, dita o art. 5º, LVII, da Carta Magna que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Em sentido harmônico, o item 2, do art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita pelo Brasil, dispõe que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Nota-se na película certo louvor ao princípio detalhado (do *favor rei*), em especial, na cena em que, ao ser questionado sobre a certeza quanto ao jovem ser ou não culpado, o Sr. Davis assevera que tinha fundada dúvida, e que por isso, não poderia condená-lo. Vale lembrar que, naquele sistema de júri, todos os jurados teriam que convergir numa opinião, ao final do debate sobre o caso. Neste toar, enquanto todos os outros jurados anseavam pela condenação do acusado, levados pela emoção e indícios de prova, o personagem interpretado por Henry Fonda se mantém firme, em congruência decisória.

Preocupante é o fato de que, *abrasileirando* o caso, o longa-metragem transformaria-se num curta, pois impera aqui, como já mencionado, o sigilo das votações:

A escolha é totalmente diversa do sistema anglo-americano, no qual se permite que o convencimento seja construído com a participação, efetiva e atuante, de todos os integrantes do Conselho de Sentença. [...] No Brasil, os jurados integrantes do Conselho de Sentença deverão respon-

der aos quesitos a eles apresentados, de cuja resposta o Juiz-Presidente (juiz togado) explicitará o conteúdo da decisão e formará o convencimento judicial final. Se condenatória a decisão, passará à aplicação da pena cabível (OLIVEIRA, 2015, p. 718).

Em verdade, ainda consoante Oliveira (2008, p. 565), trata-se da regra da incomunicabilidade, a fim de impedir a influência de um jurado no espírito de julgamento dos demais, a fim de se manter preservada o *status* plural da decisão e, ao nosso juízo, também do livre-convencimento.

Nesse diapasão, questiona-se a aplicabilidade do primado da presunção de inocência nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida, visto que, no mais das vezes, a dúvida beneficia, em detrimento do réu, à acusação, o que acarreta flagrante ilegalidade de presunção de culpa. Afinal, a presunção em sentido técnico é definida, segundo Brasil (2016), como “o mecanismo através do qual, a partir de um fato conhecido, se aceita um outro, desconhecido, sem que haja necessidade de recorrer a qualquer meio de prova”.

Diante disso, urge lembrar que o *in dubio pro reo* influenciou a dissonância no voto do personagem de Henry Fonda, Sr. Davis, e, doravante, de todos os outros. Como o primeiro sustentou no início da trama, é muito sério condenar alguém sem sequer ter debatido o caso, sem lhe dar o benefício da dúvida.

Convém destacar a inaplicabilidade do famigerado e (pseudo)princípio do *in dubio pro societate* por simplesmente não ter sido recepcionado pela Constituição Federal, isso em razão da desarmonia com a consagrada presunção de inocência (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 852).

5.2 A ÍNTIMA CONVICÇÃO: UMA QUESTÃO DE JUSTIÇA?¹¹

Há inegável caráter democrático vinculado ao tribunal do júri, visto, pois, que nasce das decisões emanadas por populares: ao invés de magistrados comprometidos com o monarca, o julgamento do particular passa a ser atribuído a seus concidadãos (RANGEL, 2015, p. 604). De tal maneira, a ideia da submissão do homem ao crivo de seus pares e não de técnicos reveste-se de incontestada roupagem democrática. Nessa linha “de *criação de justiça* fora dos limites do Di-

¹¹ Existem três sistemas de apreciação de provas adotados pelo ordenamento jurídico. São eles: o tarifado, no qual há hierarquia, estabelecida pelo legislador, entre as provas para a formação do convencimento; o do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, que permite ao julgador fundamentar sua decisão a partir da valoração subjetiva das provas angariadas no processo (no Brasil, é regra nos procedimentos comuns do CPP); e o da íntima convicção, adotado pelo procedimento do Tribunal do Júri nacional, no qual o jurado não precisa motivar sua decisão. Com efeito, no caso brasileiro, o jurado sequer a externa!

reito positivo, o Tribunal do Júri é mesmo democrático”, como afirma Oliveira (2015, p. 719, grifo do autor).

O *status* democrático que lhe é comumente conferido, no entanto, não repousa livre de críticas. Com efeito, Lopes Júnior (2017, p. 846) destaca a complexidade da instituição “democracia”, afirmando ser desarrazoado reduzi-la à dimensão formal-representativa, esquecendo-se da material, “enquanto sistema político-cultural que valoriza o indivíduo em todo feixe de relações que ele mantém com o Estado e com os outros indivíduos”. Nesse contexto, apregoa o destacado autor que o fortalecimento do indivíduo, no processo criminal, ocorre a partir da potencialização de seu lugar e condição de fala (leia-se, por meio do contraditório e da ampla defesa), e na garantia do juiz natural (que deve estar em posição de alheamento).

Revela-se o Júri afeito ao critério de justiça dos sofistas, na medida em que o *decisum* entre sentença que absolve ou condena ocorre por meio de uma *convenção*, seja de forma mais ampla, como nos Estados Unidos, seja mais reservada, como no Brasil, onde os debates partem dos interessados processuais – Ministério Público e Defesa.

Ato contínuo, pode-se dizer que a verdade, na Grécia Clássica, originava-se da persuasão, não sendo, ao revés, inserida na natureza, haja vista que até mesmo os juízos de valor sobre a natureza advêm do ser humano, como acentuou Protágoras, o mais notório sofista (MASCARO, 2016, p. 39).

Em acertada conclusão, prossegue Mascaro (2016, p. 39), ao indicar que neste ponto “residiu a grande humildade dos sofistas, que se julgavam falíveis em suas opiniões, e justamente por isso abertos perenemente à possibilidade do entendimento das opiniões contrárias”. Daí, o silogismo processual, a exigência do contraditório e da *plenitude* de defesa, ratificam a presença desse pensamento no Tribunal do Júri, haja vista que, a partir do conflito de ideias, chega-se a uma verdade convencionalizada.

Entretanto, cabe destacar que a íntima convicção, aspecto basilar do júri brasileiro, torna-se, recorrendo ao colóquio, “uma faca de dois gumes”, em vista à sua potencial arbitrariedade decorrente:

[...] da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprovada ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade. E, convenhamos, esse é realmente um risco de grandes proporções. Preconceitos, ideias preconcebidas e toda sorte de intolerância podem

emergir no julgamento em Plenário, tudo a depender da eficiência retórica dos falantes (OLIVEIRA, 2015, p. 719).

Ora, por desguarnecer fundamentação de qualquer jaez, a decisão dos jurados é, segundo Lopes Júnior (2017, p. 849), absolutamente ilegítima, sendo confundida com patente arbitrariedade, o que configura o predomínio do poder sobre razão, isto é, da prepotência em sua pureza.

Agrava-se ainda pela disparidade entre acusado e juízes, subjacente luta de classes, porém presente desde o limiar do instituto no Brasil, como denuncia Rangel (2015, p. 604):

[...] com a formação do tribunal popular, no Brasil, feita por pessoas que gozassem de *conceito publico por serem inteligentes, íntegras e de bons costumes* (cf. art. 27 do Código de Processo Criminal do Império – Lei de 29/11/1832), faz estabelecer um preconceito social e, embora disfarçada uma *luta entre classes*.

Nessa instituição, acrescenta-se, “os iguais não julgam os iguais”, para tanto “basta verificar a formação do Conselho de Sentença: em regra, funcionários públicos e profissionais liberais. E os réus? Pobres”, raramente, “*um de nós*”. (RANGEL, 2015, p. 604). Inclusive, o próprio Pontes de Miranda (1960, p. 335) já há muito defendia a necessidade de uma composição heterogênea do Conselho de Sentença. De tal modo, a escassez de representatividade inivializa o aspecto democrático inato à origem do Tribunal do Júri, o que destoia dessa dimensão formal (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 847).

Em sentido diverso, Nucci (2017, p. 731) opina que “o julgamento por pares significa apenas a garantia de um ser humano leigo julgando outro, além do que cultura e formação não são qualidades justificadoras da dispensa de um jurado”.

Retrata-se, em “12 Homens e uma Sentença”, a interferência de fatores subjetivos nos jurados, até mesmo de aspectos externos, como a chuva ou eventual atraso para o jogo. Mais além, havia também o caso do último jurado a ser convencido, que enxergava no jovem, o seu filho e, por isso, devido a problemas pessoais, buscava condená-lo.

Em vista a isso, Lopes Júnior (2017, p. 849) adverte a monstruosidade jurídica que é ser julgado a partir de elementos *extraprocessuais*, o que permite uma condenação a partir da “‘cara’, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento”, em suma, há uma miríade de fatores hábeis a formar o juízo de valor ou desvalor do jurado para com o acusado.

Luís Flávio Gomes (2011), ao analisar peça de teatro homônima ao filme e com roteiro adaptado semelhante a esse, ressaltou a problemática da influência do critério subjetivo/pessoal dos jurados, no julgamento:

A moral existe para pautar nossos comportamentos. Também permite fazer nossos julgamentos. O problema, no entanto, não está no julgamento, sim, nos nossos pré-julgamentos. Vemos o mundo pela nossa janela (de compreensão desse mundo). A janela tem como base a parte superior do nosso peito. As laterais sobem verticalmente até nosso último fio de cabelo. A linha superior cobre nossa cabeça. Essa é nossa janela de compreensão (ou visão) do mundo. Tudo que já entrou por essa janela vem à tona quando fazemos nossos julgamentos. São nossos pré-conceitos, pré-juízos. Vários jurados, nos julgamentos, não conseguem esconder seus racismos, seus preconceitos. Julgam a pessoa, não o fato (direito penal de autor, não direito penal do fato).

Como sugere Salomon (2015, p. 14), dentre tais fatores há que se levar em consideração o papel da mídia, de modo que, com o intuito de preservar o devido processo legal e o respeito à presunção de inocência, é necessário que se firme, ainda que minimamente, limites à imprensa no que diz respeito à intimidade e vida privada do réu, senão este sempre se verá prejudicado ante a imensa disparidade de armas entre sua defesa e a mídia.

Ademais, segundo Lopes Júnior (2017, p. 847), “a falta de profissionalismo, de estrutura psicológica, aliados ao mais completo desconhecimento do processo e de processo” militam em desfavor do Tribunal do Júri, haja vista que os jurados não possuem um conhecimento legal e dogmático mínimo, o que atrapalha os variados juízos axiológicos inerentes à análise da norma penal e processual aplicável ao caso em apreço, como também uma valoração razoável da prova.

Depreende-se que, no procedimento do Tribunal do Júri, a despeito das atuações da acusação e defesa, há forte influência externa no caso debatido. Essa influência, como já mencionado, advém de diversos fatores relacionados às vidas particulares dos julgadores. A problemática é tratada com clareza no filme, que leva o espectador a questionar-se acerca do ideal de Justiça e se é esta o objeto do Júri Popular. Aliás, a Justiça, como primeira virtude das instituições sociais e sinônimo de equidade, conforme aduz John Rawls (1993, p. 85 apud ALMEIDA; BITTAR, 2015, p. 499), traz ao acusado a segurança de ter suas condutas descritas e seus direitos garantidos em leis, sem que haja distinção por critérios de pessoalidade (RAWLS, 1993, p. 193).

Desse modo, o critério da íntima convicção, bem como a impossibilidade do jurado motivar e discutir seu voto, no Direito Brasileiro, mostram-se falíveis na

busca pela justiça, podendo ser comumente afetados por fatores externos, que tornariam o julgador uma pessoa tendenciosa no seu entendimento sobre o caso debatido, e não neutra, como deveria ser.

CONCLUSÃO

Perante o exposto, a simbiose entre Direito e Arte, no caso, o Cinema, restou evidenciada a partir de um clássico da “sétima arte”: o filme “12 Homens e Uma Sentença”. Nesse passo, é imperioso observar que o princípio do *favor rei* influenciou o voto absolutório do personagem de Henry Fonda e, posteriormente, o dos demais. Ora, incerta a materialidade e autoria delitivas, prefere-se a liberdade do acusado em vez da condenação de um possível inocente. Não obstante, o roteiro do filme destoa da realidade procedimental do Brasil.

A análise do rito do Júri no Brasil denota que os jurados são incomunicáveis, o que impede a ocorrência de reviravoltas no julgamento, como a do filme, além de não ser necessário um veredito unânime para a condenação ou absolvição do réu. Neste sentido, os debates restringem-se à sustentação oral do Ministério Público e da Defesa. Por fim, sobressalta o *status* democrático que revolve o júri como um todo, na medida em que o destino do acusado será decidido por populares, e não por Juiz togado, assemelhando-se, em verdade, ao conceito de justiça típico dos sofistas.

Visto isso, nota-se que a mesma íntima convicção, apresentada nos ritos brasileiro e americano, retratada no filme, que pode propiciar uma decisão equânime além dos preceitos legais, também concentra inerente fabilidade, isso porque pessoas, por vezes, decidem com base em ideias predefinidas ou discriminatórias acerca do autor do delito, sem sequer analisar atentamente o fato.

No entanto, em que pesem tamanhas controvérsias, como destaca Oliveira (2008, p. 565), bem ou mal o júri está prescrito na ordem constitucional com o condão de cláusula pétrea, sendo, portanto, o estudo de suas regras e nuances fundamentais à prática forense. Não só. A instituição do Júri, como tribunal popular, deve se lastrear a partir dos critérios da mais límpida justiça. Para tanto, cabe ao jurado sentir “o peso da toga” e honrar o *múnus* público que exerce, apreciando o caso em suas minúcias, com o devido zelo, tal como o Henry Fonda, no filme, o fez.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Curso de Filosofia do Direito*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*: versão universitária. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

BALIARDO, Rafael. 90% dos júris acontecem nos Estados Unidos. *Revista Consultor Jurídico*, 28 out. 2010. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-out-28/estima-90-tribunais-juri-acontecem-estados-unidos>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BANDEIRA, Marcos. *Tribunal do júri*: de conformidade com a Lei n. 11.689, de 09 de junho de 2008 e com a ordem constitucional. Ilhéus: Editus, 2010.

BONFIM, Edilson Mougnot. *No Tribunal do Júri*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm#art810>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Rio de Janeiro, RJ, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm#art361>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos ao Tribunal do Júri, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/l11689.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 603. A competência para o processo e julgamento de latrocínio é do juiz singular e não do tribunal do júri. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=su-mula_601_700>. Acesso em: 12 ago. 2017.

BRASIL, Deilton Ribeiro. A garantia do princípio constitucional da presunção de inocência (ou de não culpabilidade): um diálogo com os direitos e garantias fundamentais. *Revista de Direito Brasileira*. São Paulo, v. 15, n. 6, p. 376-398, set./dez. 2016. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/457/293>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

COELHO, N. Direito, arte e a formação do jurista. Estudo introdutório. In: TROGO, S.; COELHO, N. (Org.). *Direito, filosofia e arte*: ensaios de fenomenologia do conflito. São Paulo: Rideel, 2012. Disponível em: <http://www.usp.br/projus/media/docs/direito_filosofia_e_arte.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: RT, 2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Constituição dos Estados Unidos da América*. Disponível em: <[https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_\(1868\)](https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm#amdt_14_(1868))>. Acesso em: 08 jul. 2017.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano: Relação entre Direito e arte é discutida por juristas em Berlim. *Revista Consultor Jurídico*, 12 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-12/direito-civil-atual-relacao-entre-direito-arte-discutida-juristas-berlim>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

GOMES, Luís Flávio. Teatro: 12 homens e uma sentença (sordidez, preconceito, irresponsabilidade, democracia). Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121919286/teatro-12-homens-e-uma-sentenca-sordidez-preconceito-irresponsabilidade-democracia>>. Acesso em: 23 fev. 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

IMDB. *12 Homens e uma Sentença*. Disponível em: <<http://www.imdb.com/title/tt0050083/awards>>. Acesso em: 14 abr. 2017.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do Direito*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960. Tomos V e VI.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Curso de Processo Penal*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIROZ, Paulo. *Direito e Arte*, 28 set. 2007. Disponível em: <<http://www.pauloqueiroz.net/direito-e-arte/>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Carlos P. Correia. Lisboa: Presença, 1993.

SALOMON, Bruna Jaqueline. *Princípio da presunção da inocência x sentença midiática no Tribunal do Júri*. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização) - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/BrunaJaquelineSalomon.pdf>. Acesso em: 08 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. Coimbra, n. 24, p. 139-172, mar. 1988. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Cartografia_simbolica_RCCS24.PDF>. Acesso em: 01 jun. 2017.

_____. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SOUSA, Ana Maria Viola de; NASCIMENTO, Grasielle Augusta Ferreira. Direito e Cinema – uma visão interdisciplinar. *Revista Ética e Filosofia Política*. Juiz de Fora, n. 14, v. 2, out. 2011. Disponível em: <http://www.ufjf.br/eticaefilosofia/files/2011/10/14_2_sousa_nascimento_8.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. *Tribunal do júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____; TRINDADE, André Karam. *Direito e Literatura*. São Paulo: Atlas, 2013.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DE ACESSO AO PATRIMÔNIO

PUBLIC POLICIES AS INSTRUMENTS FOR THE CONCRETIZATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND FOR ACCESS TO PATRIMONY

Alexander Perazo Nunes de Carvalho

Doutor (2013) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza, com área de concentração em Direito Privado. Professor do Mestrado Acadêmico da Unichristus. Professor de Graduação do Centro Universitário Christus (Unichristus), da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e da Faculdade Luciano Feijão (Sobral/Ce). Professor Visitante da Universidade Potiguar, em Natal/RN. Assessor Jurídico-Chefe da Procuradoria de Justiça Militar da União, em Fortaleza/CE.

Renata Albuquerque Lima

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2003). Professora do Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da UNICHRISTUS. Professora Adjunta do Curso de Direito da Universidade Estadual Vale do Acaraú - UVA.

Célia Maria Rufino de Sousa

Mestranda em “Direito, Acesso e Desenvolvimento” pelo Centro Universitário Christus - Unichristus. Pós-Graduada em Direito e Processo Administrativo - Universidade de Fortaleza (Unifor), Direito Público - Universidade Federal do Ceará. Advogada.

Submetido em: 25/09/2017

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.4937>

Resumo: O ponto de partida para dar início a transformação mundial que culminou na teorização dos Direitos Fundamentais está sustentado nas ideias do chamado iluminismo do século XVIII, com a Revolução Francesa, que se baseavam nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. A partir

daí, iniciou-se o processo de constitucionalização do Direito, elevando os direitos do homem para o patamar constitucional, os quais passaram a conduzir toda a ordem jurídica. Tal revolução de cunho filosófico, ideológico e dogmático refletiu em todos os demais ramos do Direito, inclusive no Direito Privado. No Brasil, somente com o advento da Constituição de 1988 essas mudanças foram feitas. Em 2002, os valores incutidos na Constituição foram migrados para o Código Civil, os quais causaram a *repersonalização* ou *despatrimonialização* do Direito Civil, pautado no fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Tudo isto provocou obrigações para o Estado que passou a intervir na economia e na sociedade, com o propósito de construir uma sociedade mais justa e igualitária. Para isto, institucionalizou diversas políticas públicas como meio de garantir a transformação da realidade social e, por conseguinte, melhorar a vida das pessoas. Por outro lado, no âmbito do Direito Civil algumas teorias tiveram um processo de releitura e redefinições às novas concepções constitucionais, sendo criada a teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo, pautada na dignidade do indivíduo. Será utilizada na pesquisa a investigação bibliográfica com abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Constitucionalização; Direito Civil; Políticas Públicas; Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo; Teoria do Umbral.

Abstract: *The starting point for initiating the world transformation that culminated in the Fundamental Rights theorization is supported by the ideas of eighteenth-century intellectual teaching so called enlightenment with a French Revolution based on the ideals of freedom, equality and fraternity. From then on, the Law constitutionalisation process began, elevating the human rights to the constitutional level, beginning to conduct the entire legal order. Such a philosophical, ideological and dogmatic nature revolution reflected in all other branches of Law, including the Private Law. Only after the 1988 Constitution pledge, changes were made in Brazil. The instilled values in the Constitution migrated to the Civil Code in 2002, causing a repersonalization or depatrimonialization of Civil Law, based on the constitutional foundation of the dignity of the human person. All this, caused obligations to the State that started to intervene in the economy and society, with the purpose of building a more just and egalitarian society. To this end, it has institutionalized various public policies as a means of guaranteeing the transformation of social reality, and thus improving people's lives. On the other hand, in the Civil Law scope some theories had a re-reading and redefinitions process to the new constitutional conceptions, being created the theory of the Statutes of the Minimum Patrimony, based on the dignity of the individual.*

Keywords: *Fundamental Rights; Constitutionalisation; Civil right; Public policy; Theory of the Legal Status of Minimum Patrimony; Threshold Theory.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. As políticas públicas concretizando os direitos fundamentais. 2.1 Breves comentários sobre a constitucionalização do direito. 2.2 A efetividade dos direitos fundamentais. 3. As políticas públicas como meio de acesso ao patrimônio mínimo. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O processo de constitucionalização do Direito decorreu dos movimentos originários da transformação do pensamento filosófico, político e econômico, oriundos dos ideais da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade, pensamentos que impulsionaram o mundo jurídico para a grandiosa transformação doutrinária de cunho filosófico/dogmático/ideológico. Tal transformação

fundamentou o cunho valorativo inserido nas Constituições, o que se reflete nos princípios norteadores que passaram a ser a base do ordenamento jurídico.

No Brasil, tal fenômeno foi vivido com maior intensidade a partir do advento da Constituição de 1988, designada como a “Constituição Cidadã”, exatamente porque fora construída nas bases dos Direitos Fundamentais, cujo fundamento principal repousa na dignidade da pessoa humana.

Neste diapasão, para que essa dignidade seja alcançada, necessária a atuação do Estado intervindo diretamente na sociedade e na economia de modo a promover ações visando à garantia desse direito. Assim, no sentido dirigente atribuído à Constituição de 1988, a efetividade da atuação do Estado quanto ao alcance dos objetivos sociais impostos constitucionalmente, dá-se por meio de programas estatais, com metas bem planejadas, orçamento definido e controle por ações fiscalizatórias, visando ao interesse da coletividade e proporcionando, de fato, a transformação da realidade social, possibilitando uma melhoria de vida do cidadão.

O cerne do estudo pauta-se na análise do instrumento das políticas públicas como meio de concretização dos Direitos Fundamentais, visando a garantir a melhoria de vida das pessoas. Serviu-se, também, da teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo (mínimo existencial), visando a demonstrar a relação entre a efetividade das políticas públicas com tal teoria, como forma de garantir o mínimo existencial para uma vida digna.

Considerando que o estudo sobre políticas públicas é recente e que ainda não tem um consenso sobre a definição deste instrumento, o fato é que se trata de programas definidos pelo Estado, a partir de seus órgãos políticos-administrativos, para resolver “problema” público. As políticas públicas são consideradas atividades, de natureza complexa, que demandam a atuação estatal com a finalidade de atingir os objetivos a que se propõem, para atender a uma imposição Constitucional.

Destarte, para esta análise, delimitou-se o campo de atuação à política pública do Governo Federal voltada para Agricultura Familiar, especificamente o Microcrédito Rural, realizada por meio do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf) que se destina a atender “os agricultores de menor renda. Permite o financiamento das atividades agropecuárias e não agropecuárias, podendo os créditos cobrirem qualquer atividade que possa gerar renda para a família atendida”.

Para isto, a análise aqui realizada tem o propósito de demonstrar a relação entre a efetividade desta política pública e a teoria do Estatuto Jurídico do Pa-

trimônio Mínimo (mínimo existencial), como forma de garantir a dignidade da pessoa, enquanto ser humano. Para isto, será utilizada a metodologia por meio da investigação bibliográfica, seguindo uma abordagem qualitativa.

2 AS POLÍTICAS PÚBLICAS CONCRETIZANDO OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para que se possa tratar do tema sobre políticas públicas, necessário se faz realizar uma digressão sobre a construção dos pilares que sustentam os Direitos Fundamentais no decorrer da história mundial, desde o movimento da Revolução Francesa até os dias atuais, dando ênfase à Constituição brasileira de 1988.

Para isto, partiu-se do movimento revolucionário amparado pelas ideias filosóficas do iluminismo, provocadas pela crise da classe burguesa insatisfeita com o poder absoluto do Estado, visto como instrumento de opressão e privação de liberdade, que culminou com o advento da Revolução Francesa. Tal movimento, baseado na igualdade, liberdade e fraternidade, promoveu uma transformação mundial no que tange aos direitos do homem, com uma carga axiológica que sedimentou a construção da teoria dos Direitos Fundamentais.

Com o término da Segunda Guerra Mundial, marcada por barbáries que causaram graves consequências no mundo, surge a primeira manifestação com o intuito de proteger os direitos do homem, com nova visão de mundo, com novos alicerces ideológicos, pautados em valores, cuja face se encontra calcada na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)¹, a qual foi a inspiração para outros diplomas internacionais.

Com isto, dá-se início ao desenvolvimento da Teoria dos Direitos Fundamentais, tendo como corrente propulsora o chamado pós-positivismo², que vem se consolidando na comunidade jurídica de forma gradual, por se pensar que a dignidade da pessoa humana é um valor a ser preservado para que se alcance, efetivamente, o ideário de justiça, buscando a promoção do bem-estar social e a minimização das desigualdades entre os indivíduos.

No Brasil, tardiamente, o fenômeno dos direitos fundamentais ganhou debates e discussões somente com o advento da Constituição de 1988, que rompeu com a ditadura militar (que perdurou por longos 30 anos), estes marcados por

¹ A Declaração Universal dos Direitos Humanos é o documento que materializa a luta travada em defesa dos direitos do Homem, momento que o mundo amargava os efeitos da segunda grande guerra

² Recomenda-se o aprofundamento do pensamento filosófico de Robert Alexy e Ronald Dworkin, que revolucionou as bases do positivismo, apresentando as teses em que o valor moral deve ser reconhecido na aplicabilidade das teorias do Direito.

opressões das liberdades individuais e coletivas. Para Marmelstein (2016, p. 64), “nossa Constituição pretendeu sepultar o cadáver autoritário da ditadura militar e representou, para os brasileiros, a certidão de nascimento de uma democracia tardia, mas sempre aguardada”.

2.1 BREVES COMENTÁRIOS SOBRE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Abre-se, neste tópico, espaço para discorrer, de uma forma concisa, relativamente à constitucionalização do Direito, tendo em vista que não se pretende, neste trabalho, fazer análise sobre o tema. No entanto, considera-se imperioso trazer à baila a matéria para a abordagem objeto do nosso estudo.

Bem verdade que o advento do Estado do Bem-Estar Social³, ou mesmo *Welfare State*, marcado pela intervenção do Estado, cujo modelo político foi implantado dado as diversas crises deixadas pelo liberalismo econômico, trouxe para o mundo jurídico grandiosa transformação doutrinária de cunho filosófico/dogmático/ideológico, cuja razão se assentou na implementação valorativa inserida nas Constituições por meio de princípios norteadores que passaram a ser a base do ordenamento jurídico. Tais princípios buscam a igualdade social, visando a garantir o mínimo de condições para uma vida digna dos cidadãos.

Neste diapasão, surgem diversos direitos sob o manto do reconhecimento dos direitos de segunda geração, como forma de garantir os direitos econômicos, sociais e culturais, tendo seu berço na consagração da Constituição do México de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

Assim dispõe Sarmiento (2010, p. 16):

Mas foi a grande crise do capitalismo, no período entre as duas grandes guerras mundiais, cujo apogeu constituiu no colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929, que evidenciou a definitiva superação do modelo liberal de Estado (embora o neoliberalismo pretenda ressuscitá-lo). A grande depressão, que se seguiu à quebra da bolsa, tornou patente a necessidade de intervenção estatal no mercado, para corrigir rumos e reduzir o desemprego. [...] Assim, o Poder Público distancia-se da sua posição anterior, caracterizada pelo absentismo na esfera econômica, e passa a assumir um papel mais ativo, convertendo-se, mesmo no regime capitalista, no grande protagonista da cena econômica. O Estado Liberal transformara-se Estado Social, preocupando-se agora não apenas com a liberdade, mas também com o bem-estar do seu cidadão.

³ Paulo Bonavides (2014), em sua clássica obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, muito bem discorre sobre o assunto que deu origem ao Estado Social, cuja ideologia serviu de base para construção da Constituição de 1988.

No Brasil, esse movimento revolucionário de uma nova ordem mundial, nascida com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, somente se consolida com a promulgação da Constituição de 1988, designada como a “Constituição Cidadã”, exatamente porque fora construída nas bases dos Direitos Fundamentais, cujo fundamento principal repousa a dignidade da pessoa humana.⁴

No bojo da efetividade, a Constituição de 1988, no seu art. 3º, estabelece objetivos claros que visam à concretização deste princípio basilar que é a dignidade da pessoa humana, estabelecendo a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais como fundamentos básicos. E como se efetivam tais objetivos? Discorre-se, a seguir, nesta perspectiva.

2.2 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De pronto, percebe-se que a efetividade dos direitos fundamentais, que se encontram esculpidas na Constituição, pressupõe a participação direta do Estado na sua concretização. Uma das formas utilizadas se dá por meio de políticas públicas com a execução de programas governamentais que as alimentem, em virtude da ação vinculante estabelecida na Carta Política, relativamente aos direitos fundamentais.

No dizer de Marcus Aurélio de Freitas Barros (2008, p. 53):

Por esta razão, tem-se que o estudo das políticas públicas é fortemente influenciado pelas premissas do neoconstitucionalismo, dentre elas: a) a supremacia e a força normativa da Constituição; b) a presença marcante da garantia jurisdicional; c) os traços da normatividade, superioridade e centralidade da Constituição; d) a incorporação de valores e opções políticas ligados aos direitos fundamentais; e) a expansão dos conflitos constitucionais. Tudo sito à luz de uma hermenêutica concretizante dos direitos fundamentais e das modificações recentes na teoria constitucional.

Nesse sentido, o Brasil é tragado pela extensão territorial que, de forma negativa, leva a uma desproporção de distribuição populacional de caráter geográfico, em que a concentração está nas grandes cidades urbanas que, inevitavelmente, causa a condensação de renda nas mãos de poucos e, por via de consequência, as desigualdades regionais e sociais, que configura a realidade do país desde muito, o que lhe classifica na ordem mundial econômica como um país

⁴ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana;** (grifo nosso); IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

periférico ou subdesenvolvido. Neste cenário, a pobreza, a marginalização e outros males inerentes “atuam em regime de causação circular acumulativa – são causas e efeitos de si próprios”, no pensar de Eros Roberto Graus quando analisa o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, em seu livro “A Ordem Econômica na Constituição de 1988” (2017, p.213).

Assim, no sentido dirigente atribuído à Constituição de 1988, a efetividade da atuação do Estado quanto ao alcance dos objetivos sociais impostos constitucionalmente, dá-se por meio de programas estatais, com metas bem planejadas, orçamento definido, visando ao interesse da coletividade, com vistas a transformação da realidade social, possibilitando uma melhoria de vida do cidadão.

Pode-se vislumbrar, no estudo recente sobre políticas públicas, realizado por Marcus Aurélio de Freitas Barros, na obra resultante da sua tese de doutorado (2008, p.70):

É importante olhar as políticas públicas de frente, ao invés de apenas anunciar seus objetivos e vinculação constitucional. Sob esse prisma, pode-se dizer que são atividades orientadas por uma finalidade. São, as mais das vezes, compostas por uma quantidade enorme de normas, de atos administrativos, de licitações, contratos, etc. Exigem, também, necessariamente, dispêndio de recursos. Dificilmente se compõem de um único ato isolado. No geral, demandam verdadeiros processos: seja legislativo, administrativo ou até financeiro.

Adicionalmente, para nossa melhor compreensão sobre o tema (COMPARATO, 1998, p. 248-249 apud BARROS, 2008, p. 70):

A política ou “polícia” pública [...] é um programa de ação governamental. Ela não consiste, portanto, em normas ou atos isolados, mas sim numa *atividade*, ou seja, uma série ordenada de normas ou atos, do mais variado tipo, conjugados para a **realização de um objetivo determinado** (grifei). Toda política pública, como programa de ação, implica, portanto, uma meta a ser alcançada e um conjunto ordenado de meios ou instrumentos – pessoais, institucionais e financeiros – aptos à consecução desse resultado. São leis, decretos regulamentares ou normativos, decretos ou portarias de execução. São também atos ou contratos administrativos da mais variada espécie. O que organiza e sentido a esse complexo de normas e atos jurídicos é a finalidade, a qual pode ser eleita pelos Poderes Públicos ou a eles imposta pela Constituição ou as leis.

Os excertos acima colacionados confirmam a ideia trazida por Fábio Comparato (1998), quando conclui que políticas públicas são atividades, de natureza

complexa, que demandam a atuação estatal com a finalidade de atingir os objetivos a que se propõem, vinculados a uma imposição Constitucional.

Por tudo isto, verifica-se que o instrumento das políticas públicas é um meio de concretização dos Direitos Fundamentais, por via de programas governamentais ou de instituições privadas, desde que se destinem a resolver um “problema” público, no dizer da Consciência Política (s/a, online), programas estes que serão desenvolvidos pelo aparato estrutural do Governo, considerando a organização da Administração Pública.

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO DE ACESSO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

No tópico anterior, discorreu-se resumidamente sobre os movimentos revolucionários que impulsionaram a transformação política, filosófica, ideológica e dogmática no mundo que culminou no Constitucionalismo contemporâneo, inserindo os direitos fundamentais como caráter universal dos Estados democráticos.

Nessa temática, as políticas públicas servem de instrumento de aplicação imediata dos direitos fundamentais, direitos estes que impõem ao Estado a obrigação de garantir o bem-estar social, buscando a melhoria de vida, com o mínimo de dignidade.

Neste tópico, busca-se demonstrar a relação entre a efetividade das políticas públicas com a teoria desenvolvida sobre o Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo (mínimo existencial), como forma de garantir a dignidade da pessoa, enquanto ser humano.

Assim, abre-se um parêntese para digressão sobre tal teoria, sem a pretensão de esgotá-la, mas tão somente com o propósito de se demonstrar, de fato, que as premissas propostas naquele diploma inovador podem servir de demonstração concreta na aplicabilidade fundante às políticas públicas e seus efeitos na vida das pessoas.

Para isto, a passagem explanada por Fachin (2006):

A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma, pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores. A formulação sustentada se

ancora no princípio constitucional da dignidade humana e parte da hermenêutica crítica e construtiva do Código Civil brasileiro, passando pela legislação esparsa que aponta nessa mesma direção.

Importante frisar que as bases de sustentação da teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo estão assentadas no direito fundamental da dignidade da pessoa humana, que é corolário dos objetivos do Estado.⁵

Neste ponto, importante destacar que o estudo que fundamentou a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo só foi possível ser levado a cabo, por força do processo de constitucionalização do Direito Civil, marcado pelo advento do Estado do Bem-estar Social que levou o Estado a intervir política, econômica e socialmente, colocando-o como agente da promoção social e da economia. Como afirma Facchini (2012, p. 51) “Temos, então, o fenômeno da *constitucionalização* de certos princípios e institutos fundamentais do direito privado, como é o caso da propriedade, da atividade econômica...”.

Ressalta, ainda, Facchini (2012, p. 53):

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter paris*, o **princípio da dignidade da pessoa humana** (grifei). Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a *despatrimonialização* do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas (recorde-se que o modelo dos códigos civis modernos, o *Code Napoleon*, dedica mais de 80% de seus artigos à disciplina jurídica da propriedade e suas relações, sendo substituído pela consideração com a pessoa humana. Daí a valorização, por exemplo, dos direitos de personalidade, que o Código Civil brasileiro emblematicamente regulamenta já nos seus primeiros artigos, como a simbolizar uma chave e leitura para todo o restante do estatuto civil.

Segundo a análise feita por Leonardo Barreto Moreira Alves (2007, p.2), em seu artigo intitulado “A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo”, tal tese provocou uma verdadeira revolução no estudo dos bens, tendo em vista a despatrimonia-

⁵ Constituição Federal de 1988, art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

lização e a perspectiva personalística operada no Direito Civil, com vistas à proteção da pessoa humana.

É com este viés personalístico e visando a um mínimo de patrimônio ao indivíduo que se inicia a análise das políticas públicas para este fim. Para esta análise, delimita-se o campo de atuação à política pública do Governo Federal voltada para Agricultura Familiar, especificamente o Microcrédito Rural, realizada por meio do Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), que se destina a atender “os agricultores de menor renda. Permite o financiamento das atividades agropecuárias e não agropecuárias, podendo os créditos cobrirem qualquer atividade que possa gerar renda para a família atendida”.

A execução desta política é feita por intermédio de Instituições Financeiras integrantes da Administração Pública Federal que administram os fundos constitucionais e destinam-se a contribuir para o desenvolvimento das regiões Nordeste (FNE), Norte (FNO) e Centro-Oeste (FCO).

Tal programa governamental, gerido pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, tem como objetivo propulsor “estimular a geração de renda e melhorar o uso da mão de obra familiar, por meio do financiamento de atividades e serviços rurais agropecuários e não agropecuários desenvolvidos em estabelecimento rural ou em áreas comunitárias próximas”, conforme extraído do site do Banco Central (s/a, online).

O Decreto nº 1.946, de 28/06/1996, revogado pelo Decreto nº 3.992, de 30/10/2001, “cria o Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar - PRONAF, com a finalidade de promover o desenvolvimento sustentável do segmento rural constituído pelos agricultores familiares, de modo a propiciar-lhes o aumento da capacidade produtiva, a geração de empregos e a melhoria de renda”. E ainda com a seguinte diretriz:

Art.18. As ações do PRONAF serão orientadas pelas seguintes diretrizes:
I - melhorar a qualidade de vida no segmento da agricultura familiar, mediante promoção do desenvolvimento rural de forma sustentada, aumento de sua capacidade produtiva e abertura de novas oportunidades de ocupação e renda;

Verifica-se que a criação de tal política pública vem tornar efetivo o direito da dignidade da pessoa humana, no momento em que possibilita as famílias agricultoras do meio rural a melhorar de vida por meio do crédito subsidiado. Verifica-se, pelas características do programa Pronaf, que a pequena propriedade não é passível de garantia, o que permite inferir, que, uma vez ocorrendo a inadimplência do crédito, essas famílias têm seu bem maior, a propriedade, salva

de qualquer hipoteca/penhora, garantindo-lhes, assim, um mínimo de patrimônio para subsistência.

Com isto, conclui-se que esta política pública já nasceu nas bases da teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo, na medida em que as regras de concessão de crédito visam a melhoria das condições das famílias contratantes, bem como ao desenvolvimento da produção agrícola na propriedade do produtor rural, o que proporciona a geração de renda mínima para subsistência e a contribuição para o desenvolvimento local e regional, não havendo, portanto, a necessidade de invocar citada teoria, haja vista a impossibilidade de execução do crédito, por via judicial, caso haja inadimplência, dado que as bases que sustentam o programa Pronaf já asseguram a preservação do direito à dignidade, protegendo o patrimônio.

CONCLUSÃO

Diante da nova ordem imposta pela Constituição de 1988, o Estado passa a ter um grande compromisso para salvaguarda dos direitos sociais e para justiça social em função da proteção dos direitos fundamentais, passando a configurar um Estado prestacional.

Visando ao alcance desses objetivos, o Estado passa a intervir de maneira mais direta política, social e economicamente. É fato que há limites para essa atuação, atenuada por meio do controle jurisdicional. Assim, no sentido dirigente atribuído à Constituição de 1988, a efetividade da atuação do Estado quanto ao alcance dos objetivos sociais impostos constitucionalmente, dá-se por meio de programas estatais, com metas bem planejadas, orçamento definido, visando o interesse da coletividade, com vistas à transformação da realidade social, possibilitando uma melhoria de vida do cidadão.

É neste ponto que se concentraram os estudos aqui realizados, na medida em que se verificou que o instrumento das políticas públicas é um meio de concretização dos direitos fundamentais, por via de programas governamentais ou de instituições privadas, desde que se destinem a resolver um “problema” público, programas estes que serão desenvolvidos pelo aparato estrutural do Governo, considerando a organização da Administração Pública.

Com isto, no exame feito no Programa de Fortalecimento da Agricultura Familiar (Pronaf), objeto da política pública desenvolvida para o Microcrédito Rural, foi possível verificar que: essa política pública já nasceu nas bases da teoria do Estatuto do Patrimônio Mínimo, na medida em que as regras de concessão de crédito visam à melhoria das condições das famílias contratantes, bem como o

desenvolvimento da produção agrícola na propriedade do produtor rural, proporcionando a geração de renda mínima para subsistência e contribuindo para o desenvolvimento local e regional.

Em vista disso, entende-se, portanto, não haver a necessidade de se invocar a teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, haja vista a impossibilidade de execução do crédito, por via judicial, caso haja inadimplência, dado que as bases que sustentam o programa Pronaf já asseguram a preservação do direito à dignidade, protegendo o patrimônio.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto. *A teoria do umbral do acesso ao Direito Civil como complemento à teoria do estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10406/a-teoria-do-umbral-do-acesso-ao-direito-civil-como-complemento-a-teoria-do-estatuto-juridico-do-patrimonio-minimo/2>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

BARROS, Marcus Aurélio de Freitas. *Controle Jurisdicional de Políticas Públicas: Parâmetros objetivos e tutela coletiva*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11.ed. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros Editora, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Texto Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 22 jun. 2017.

_____. *Decreto nº 3.508*. Dispõe sobre o Conselho Nacional de Desenvolvimento Rural Sustentável – CNDRS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3508.htm> Acesso em: 22 jun. 2017.

FAQ - Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – Pronaf. *Banco Central do Brasil*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/PRONAF.asp#1>. Acesso em: 22 Jun. 2017.

FACCHINI NETO, Eugênio. *A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO – RIDB*, a.1, nº 1, p.185-243 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0185_0243.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2017.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*. 2 ed. atualizada. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. *Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Editora renovar, 2012.

_____; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. *Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica*. 2 ed. atualizada. São Paulo: Renovar, 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18.ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros Editora, 2017.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6.ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

NETO, Nagibe de Melo Jorge. *O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2008.

POLÍTICAS PÚBLICAS. *Consciência Política*. Disponível em: <<http://www.portalconscienciapolitica.com.br/ci%C3%A9ncia-politica/politicas-publicas/>> Acesso em: 20 jun. 2017.

POLÍTICA PÚBLICA PARA AGRICULTURA FAMÍLIA. *Ministério do Desenvolvimento Agrário*. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/sites/sitemda/files/ceazinepdf/politicas_publicas_baixa.pdf> Acesso em: 22 jun. 2017.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

JUSTIÇA RESTAURATIVA: SUA LEGITIMAÇÃO PELO CONCEITO DE PODER EM FOUCAULT

RESTORATIVE JUSTICE: ITS LEGITIMATION BY THE CONCEPT OF POWER IN FOUCAULT

Ana Carla Pinheiro Freitas

Doutora em Direito pela PUC-SP. Psicóloga pela PUC-SP. Professora dos cursos de Mestrado e Doutorado da UNIFOR. Pesquisadora do REPJAL/UNIFOR.

Victor Marcilio Pompeu

Doutorando em Direito pela UNIFOR.
Professor do Curso de Direito e da Pós-Graduação da UNIFOR.

Submetido em: 18/03/2018

Aprovado em: 26/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5696>

Resumo: O conceito de poder na Modernidade sofreu grandes transformações desde Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau até chegar em Foucault. Tem, de início, um viés impositivo, não-relacional e abstrato, nos autores antes citados. Alcança uma medida material no pensamento de Foucault. Para este, o poder é fruto da própria dinâmica das relações interpessoais. As verdadeiras relações de poder estão imiscuídas no agir cotidiano. Ele é escalonado e inclui todos os indivíduos como sujeitos de uma parcela de poder, mesmo que estejam sujeitados a um modelo de poder que rege determinado lugar e momento históricos. Qualquer tentativa do Estado de deter e regulamentar, por completo, os vínculos de empoderamento presentes na sociedade serão inadequadas. A Justiça Restaurativa configura meio alternativo adequado para a resolução de conflitos penais em uma sociedade caracterizada pelo temor, como o Brasil, diante da fragilidade e ineficiência do sistema estatal punitivo. Através dela, a coletividade participa de forma ativa no processo de retribuição, reintegração e ressocialização do infrator, haja vista ocorrer uma transposição de parte dos poderes proveniente do Estado (*jus puniendi*) para aqueles envolvidas no litígio penal. Assim sendo, as partes interessadas, subsidiadas pela comunidade, podem transigir sobre as causas e consequências do litígio, envolvendo todos os interessados em um processo dialético em prol da própria restauração social. A metodologia utilizada é exploratória bibliográfica.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Legitimação; Conceito de poder; Foucault.

Abstract: *The concept of power in Modernity has changed considerably since Machiavelli, Hobbes, Rousseau to get Foucault. It has, at first, a descriptive bias, abstract, the authors mentioned before. Reaches a material measure in Foucault's thought. For this, the power is the result of the dynamics of interpersonal relationships. The real power relations are meddling in their daily routine. It is scaled and includes all individuals as subjects of a share of power, even if at the same time subjected to a model of power that governs certain place and historical moment. Any attempt by the state to hold and regulate, completely, the empowerment of links present in society are inadequate. Restorative justice sets suitable alternative means for resolving criminal conflicts in a society of fear, like Brazil, given the weakness and inefficiency of the punitive state system. Through it, the community is actively involved in the return process, reintegration and rehabilitation of the offender, given there is a part of implementation of the powers from the State (jus puniendi) for those involved in criminal litigation. Therefore, stakeholders, subsidized by the community, can settle on the causes and consequences of litigation, involving all stakeholders in a dialectical process in favor of the own social restoration. The methodology used is exploratory literature.*

Keywords: *Restorative Justice; Legitimation; Concept of power; Foucault.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Uma breve cronologia acerca dos discursos sobre o poder na modernidade. 3. A teoria do poder em Michel Foucault: da justiça punitiva à justiça restaurativa. 4. O exercício democrático do poder pela justiça restaurativa. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em contraposição à justiça punitiva, que põe exclusivamente nas mãos do Estado a decisão acerca das consequências do crime, a justiça restaurativa ocorre por meio de um processo colaborativo, envolvendo um mediador – entendido o termo em sentido amplo - e a participação do(s) infrator(es) e da(s) vítima(s).

Ocorre que, tendo como principal bem tutelado a liberdade, o Direito Penal preza pela segurança jurídica em sua instância máxima, ou seja, alicerça-se no princípio da legalidade restrita. Assim sendo, as formas alternativas de solução de conflitos, como a justiça restaurativa, têm de construir seu espaço mostrando-se como possibilidade eficaz de pacificação social, ao lado da justiça punitiva.

O aumento da violência, da perspectiva quantitativa e da complexidade dos litígios penais que surgem na sociedade contemporânea globalizada e virtual, exige do Estado e da coletividade um posicionamento e uma forma de participação ativa e direcionada. Imprescindível que os direitos e valores sociais se imponham e ratifiquem sua legitimidade diante da ameaça real ao retorno a um estado de barbárie baseado em posturas autoritárias e intempestivas, pelo o que se pode chamar de poder paralelo, o qual se impõe e faz as vezes do Estado legítimo, especialmente no cotidiano das grandes cidades brasileiras.

A justiça restaurativa implica em uma forma democrática de exercício do poder, porque se perfaz diluída entre as partes ou entre infrator e vítima, em

vez da expressão de poder que se localiza exclusivamente nas mãos do Estado. É como se ocorresse uma divisão do poder, em que uma parcela sua é exercida pelo Estado - a pena continuaria a ser aplicada - e outra parcela do poder é entregue às partes, no intuito de uma “restauração” máxima possível ao *status quo ante* à prática do delito.

Diz-se que o conceito de poder em Foucault legitima a justiça restaurativa, na medida em que o referido autor concebe uma definição própria para o conceito de poder. Defende que ele não se encontra estacionado nas mãos do Estado. É exercido por cada indivíduo em todas as esferas sociais, nas relações interpessoais, mesmo que estes não tenham consciência disso. As pessoas são induzidas ou, utilizando um termo do vocabulário de Foucault, são “disciplinadas” pela lógica das “instituições totais”, outro conceito amplamente utilizado pelo autor, a pensar que não são detentoras de nenhum poder, que este é exercido unicamente por aqueles que se encontram nos escalões mais altos das funções estatais.

No entanto, a concepção da “microfísica do poder” “em defesa da sociedade”, Foucault aponta que o poder se encontra desde sempre já disperso e não concentrado nas mãos do Estado. O cotidiano da vida social implica, por si só, na divisão de poder - em maior ou menor escala - entre os membros da própria comunidade. A referida divisão de poder pode se tornar mais justa na medida em que as pessoas “tomam posse do que lhes pertence”, ampliem o comando relativamente a suas próprias vidas e à vida em sociedade, sem reproduzir as falhas do poder opressor formalmente legitimado.

O exercício restaurativo da justiça implica na “solução” do caso concreto ao abranger todos aqueles efetivamente envolvidos de forma direta, e não somente indireta, ou seja, pela via da mediação formal do Estado. A justiça restaurativa proporciona a “construção de sentido” nas relações interpessoais e sociais. Ela não implica apenas em um direito das partes, especialmente da vítima, tendo em vista a realização da justiça efetiva. Ela implica, igualmente, no dever do ofendido ou de uma coletividade específica de se envolver na resolução do ilícito que lhe diz respeito.

O estudo se inicia com uma breve cronologia acerca de alguns discursos sobre o poder, tendo em vista construir uma base para se apontar, em seguida, como os referidos discursos influenciam a construção da ideologia que impregna a chamada “justiça punitiva”, assim como a ideia de poder em Foucault possibilita a legitimação da “justiça restaurativa”. Por fim, abordar-se-á o elo entre a prática restaurativa da solução de conflitos e o exercício democrático do poder.

Para a realização do presente estudo, utilizar-se-á bibliografia multidisciplinar exploratória, assim como o procedimento indutivo tendo em vista conduzir o leitor ao entendimento da ideia proposta no título.

2 UMA BREVE CRONOLOGIA ACERCA DOS DISCURSOS SOBRE O PODER NA MODERNIDADE

De acordo com a etimologia da palavra, “poder” deriva do latim *potere*, passando a ser chamada, posteriormente, também, de *possum*, *potes* e *posse*. A palavra “poder” pode ser usada em diferentes conotações e áreas do conhecimento cada vez mais específicas, com o advento da Modernidade e, especialmente, da chamada Pós-modernidade: poder social, poder econômico, poder militar, poder político etc.

Em seu sentido usual, significa possuir força física ou moral, ter influência, ter autoridade. Ter o direito de deliberar, agir, mandar. Assim temos que “poder” é um termo que traz a ideia de controle, persuasão e sujeição. Em contrapartida, em uma perspectiva filosófica, segundo Blackburn (1997), o vocábulo poder significa a capacidade de conseguir que algo se efetive, seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter certo resultado.

Sob a perspectiva sociológica (DIAS, 2008), “poder” é definido como a habilidade que o homem possui de impor a sua vontade sobre a dos demais, independentemente de haver qualquer resistência por parte destes. Para Max Weber (1999): “Poder significa toda probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”.

Em linguagem da Ciência Política e do Direito encontramos, ainda, uma diversidade de expressões relacionadas a ele, tais como “poder constituinte”, “poder coercitivo”, “poder legislativo”, dentre outras, possuindo elas um fim relacionado à manutenção da ordem, à garantia de defesa e à promoção do bem-estar da sociedade.

Além das diferentes definições de poder, oriundas de diversas áreas do conhecimento, muito já se escreveu acerca do conceito de “poder”. No presente contexto, o tema é revisitado por meio de alguns discursos a seu respeito, tendo em vista realizar uma breve viagem no terreno de alguns conceitos que norteiam o termo e que se destacam no mundo ocidental. A chamada modernidade é o ponto de partida e de chegada. Isso porque é nesse período histórico que o conceito de poder é expressamente reivindicado para legitimar o Estado e que nascem clássicas teorias acerca de sua origem.

Diz-se aqui clássico no sentido atribuído ao termo por Pierre Bourdieu em sua teoria do *habitus* (BOURDIEU, 1980). Para este autor, as abordagens clássicas se contrapõem às “tradicionais”, na medida em que estas comportam apenas uma

repetição ao passo que a visão “clássica” importa em uma atualização constante e significativa das instituições ou ideias dos autores assim designados.

Alguns dos principais conceitos de poder estão intimamente ligados ao próprio nascimento do Estado Moderno, vez que estes fundamentam-se e compõem-se mutuamente. Importantes filósofos e cientistas políticos modernos ajudaram a construir esses conceitos. Em ordem cronológica, destacam-se, dentre outros, Maquiavel, Hobbes, Locke, Rousseau e Bobbio.

Maquiavel, primeiro clássico da modernidade e de suas agruras políticas, concebeu um manual pragmático aos regentes com o objetivo de viabilizar a manutenção do poder. Com sua obra “O Príncipe”, tornou-se tão conhecido que sua fama chegou ao “senso comum” e a partir dele criou-se o adjetivo “maquiavélico”, utilizado até os dias de hoje, no sentido de busca inescrupulosa pelo poder. Chama-se atenção para o fato de que, na verdade, Maquiavel não criou o “mau poder”, ou a sua busca inescrupulosa, ele apenas o descreveu e atualizou na sociedade em que viveu e nas que o precederam.

Em sua obra, Maquiavel traz, de maneira lúcida, um contraponto ao paradigma de pensamento dominante, no sentido de que o homem seria um ser pacífico e sociável, presente desde a antiguidade: Aristóteles já afirmava que o homem é um “animal político” por natureza. Para Maquiavel, o homem seria um animal político ambicioso e dominado por interesses, sendo dirigido por desejos inesgotáveis (HERB, 2016). Essa visão de homem, egoísta e narcisista, foi seguida por vários pensadores posteriores a Maquiavel, como Hobbes (2006), Nietzsche (2015) e Freud (1999). Inclusive o termo “narcisismo” se torna em um dos principais conceitos da psicanálise.

Conforme sobredito, Maquiavel realiza um juízo de valor pragmático sobre os homens em geral, observa seu comportamento e projeta sobre eles adjetivos a respeito de seu caráter, com o fito de lhes antever comportamentos e, assim, viabilizar uma forma de manutenção da sociedade: “pode-se dizer, em geral, dos seres humanos que eles são ingratos, inconstantes, falsos, hipócritas, temerosos e gananciosos” (MAQUIAVEL, 2011, p.112).

As ideias de Maquiavel fugiam do modelo ideal de sociedade e foram fundamentais para a solidificação das primeiras teorias de outro grupo de pensadores também essenciais à construção do Estado Moderno e de sua “teoria de poder”, os chamados “contratualistas” (BOBBIO, 2010, 272-283). Esses pensadores defendiam a existência de uma espécie de cessão de direitos coletiva dentro da sociedade, a respaldar a manutenção do Estado enquanto ente máximo e protetor. De acordo com essa linha de pensamento, os homens viviam num estado de natureza, livres, desorganizados, regidos exclusivamente pelas leis naturais e

pelas determinações divinas. A partir de um determinado momento, no entanto, conscientizam-se que seria necessário ceder parte de suas liberdades, em prol da manutenção coletiva.

Tal Estado de Natureza viria a ser substituído pela sociedade civil, mediante um contrato social. O referido contrato seria imprescindível, já que os homens, apesar de deterem direitos naturais de liberdade e de propriedade, necessitavam de um governo. Deste modo seria fundamental centralizar a soberania em uma única instituição e em uma única pessoa, o que evitaria embates ao poderio do Estado. Àqueles que lesionassem o referido poder do Estado deveriam ser aplicadas sanções, tendo em vista o restabelecimento da ordem, assim como a prevenção relativamente a novos ataques. Eis o surgimento teórico do poder punitivo do Estado.

Nesse contexto, assim como Maquiavel, outro grande cético da natureza humana foi o filósofo Thomas Hobbes que, em suas obras, especialmente no “Leviatã” (HOBBS, 2006), buscou demonstrar a base filosófica do poder, justificando-o a partir do livre arbítrio de cada pessoa. Hobbes corrobora a ideia de estado de natureza, deixando claro seu modo de pensar, no sentido de que a humanidade vivera em plena desarmonia estando, portanto, fadada ao insucesso, pois, enquanto sujeitos de plena liberdade e de pleno poder, os homens conduzem uma luta incessante e permanente pela sobrevivência e reconhecimento onde não há vencedores, já que “se todos possuem o poder igual, então ele não significa nada” (HOBBS, 1993, p.284).

Nessa situação de “guerra de todos contra todos”, Hobbes defende que a única solução possível para estabelecer a harmonia e a paz entre os homens seria a adesão ao contrato social, no qual todos os indivíduos concordam em abdicarem de seu poder individual e depositar nas mãos de um soberano o monopólio de todo o poder (HOBBS, 1993, 331): “Porque não foram os súditos que deram ao soberano esse direito; simplesmente ao renunciarem ao seu, reforçam o uso que ele pode fazer do seu próprio, da maneira que achar melhor, para a preservação de todos eles”.

Para Locke, em contrapartida, o Estado surge com o fito de garantir a boa vida que o indivíduo já tem no estado de natureza, haja vista acreditar que nesse estado o homem não era um ser mau, sendo, ao contrário, detentor de princípios que giravam em torno da preservação da espécie. O processo de criação do Estado pressupõe a cessão dos direitos dos indivíduos, ou seja, o indivíduo é o titular dos seus direitos naturais, mas, temporariamente, o estado age em seu nome. Diferentemente de Hobbes, Locke contesta o Leviatã por meio da lei natural e da teologia, buscando, principalmente, limitar a soberania do poder estatal, por meio da separação de poderes, a fim de garantir a liberdade individual do cidadão.

Desse modo, no que diz respeito ao pacto estabelecido entre governantes e governados, diferentemente de Hobbes que defende a ideia do Estado absolutista, detentor de todo o poder advindo do povo, Locke prega a ideia de que a abertura de direito não é absoluta, em verdade, “os homens abrem mão dos seus direitos o mínimo possível, apenas naqueles aspectos que são essenciais para se manter a ordem e a segurança de todos, como bom liberal que é” (ARAÚJO; COSTA; MELO, 2011, p.216).

Rousseau resgata a visão positiva de homem. Fundamenta em sua obra que o ser humano é essencialmente bom (*bon sauvage*), porém a sociedade o corrompe. A propriedade privada é também assunto primordial de seu pensamento, afirmando ser dela que provêm todos os males da sociedade. Defende que desde o momento em que o homem teve a necessidade do auxílio do outro, percebendo a utilidade do estoque de provisões, desaparece a igualdade e a propriedade torna-se real e necessária (NASCIMENTO, 1991). Segundo Rousseau, a ausência da propriedade privada resultaria em uma sociedade sem conflitos, de modo que os homens viveriam em liberdade no seu estado natural. Propôs o que chamou de “Contrato Social” onde, em prol da manutenção da sociedade, todos alienariam parte de suas liberdades individuais e somente poderiam ser verdadeiramente livres ao potencializar e legitimar a definição do Estado, até porque a vontade geral não pode errar (ROUSSEAU, 2009, p.41-42).

Sob as perspectivas da visão de homem como “mau”, especialmente em Hobbes, como “bom”, especialmente em Rousseau, e sob o *quantum* de poder sobre si mesmos os indivíduos estavam dispostos a conferir ao Estado, germinou-se o debate do nascimento e dos limites objetivos e subjetivos do Estado. A modernidade teve por definição um poder em que o Estado é uma organização social soberana, detentora legal de todo o poderio administrativo e legislativo, em um determinado território, dotado de força coercitiva interna e soberania externa. A chamada pós-modernidade atribui uma nova dimensão ao poder do Estado, com o surgimento da chamada “globalização” e a elasticidade do conceito de soberania.

Bobbio reconhece os limites do Estado, assim como a crescente “ascensão dos indivíduos ao poder”, especialmente com o surgimento das gerações de direitos, sacramentada na Revolução Francesa. Primeiramente, os direitos individuais são garantidos. Após a Segunda Guerra Mundial os direitos sociais recebem impulso e na segunda metade do século XX e início do século XXI os chamados direitos da fraternidade tentam se impor, em um mundo cada vez mais sem fronteiras territoriais (BONAVIDES, 2015). Como bem afirma o autor, os componentes do Estado passam a se firmar cada vez mais como cidadãos detentores de direitos, não mais como súditos (BOBBIO, 1992, p.4).

3 A TEORIA DO PODER EM MICHEL FOUCAULT: DA JUSTIÇA PUNITIVA À JUSTIÇA RESTAURATIVA

As teorias acerca do contrato social, antes abordadas, diferenciam-se umas das outras na medida e na forma com que estendem e diminuem o âmbito de mando do Estado. O caminho percorrido pelos discursos acerca do poder na Modernidade ocidental auxiliam a traçar um itinerário tendo em vista o que se pode chamar de passagem do poder punitivo ao poder disciplinar. Em paralelo, permitem que se passe de uma etapa a outra no âmbito da lógica do poder disciplinar até se chegar ao foco do presente artigo, ou seja, ao que se pode chamar de poder participativo, compartilhado, por meio do exercício da justiça restaurativa.

No livro “Vigiar e punir”, *Surveiller et punir* (FOUCAULT, 1993), assim como na “História da loucura”, *Histoire de la folie* (1972), dentre outras obras de Foucault, o autor aponta o caminho histórico que vai do poder punitivo ao poder disciplinar. Em “Vigiar e punir” tem-se a passagem da forma impositiva e despótica de poder do Estado ao poder formalmente representativo, por meio das leis ditas democráticas. Na “História da loucura”, Foucault aponta igualmente a passagem da lepra à loucura como principais mazelas da sociedade e do refinamento ou humanização do tratamento desta que, legitimado pela ciência, legitima-se igualmente perante a sociedade.

Foucault criou um novo modo de pensar o poder. Pode-se dizer que ele criou uma nova espécie referente ao gênero “poder”. Ele parte de uma concepção ou expressão material do poder, para descrevê-lo e para contar sua história. Rompe com o tradicional e majoritário entendimento sobre o assunto que defendia ser o poder estático, soberano, concentrado e escalonado. Para ele, o poder é dinâmico e se encontra dissolvido em todos os setores da sociedade. Com a passagem histórica do poder baseado na autoridade para o poder disciplinar, houve uma verdadeira revolução, no sentido de sua legitimidade: se antes o Estado fazia morrer e deixava viver, passou a fazer viver e deixa morrer (FOUCAULT, 2005).

Foucault afirma não ter jamais construído uma teoria geral do poder, em vez disso ele realizou “uma análise diferencial dos diversos níveis de poder dentro da sociedade” (FOUCAULT, 2001, p.1680). No que tange ao seu entendimento sobre a elaboração de uma teoria geral do poder (FOUCAULT, 1979, p.80), menciona que:

O que está em jogo nas investigações que virão a seguir é dirigirmos menos para uma ‘teoria’ do poder que para uma ‘analítica’ do poder: para uma definição do domínio específico formado pelas relações de poder e determinação dos instrumentos que permitam analisá-lo.

Ademais, torna-se importante mencionar que Foucault traz uma ideia positiva de poder, no sentido de ser ele “democrático”, o que até então não existia. Ele firma que os indivíduos são detentores de poder e capazes de administrar sua própria liberdade, em certa medida. Esse conceito revolucionário de poder vai de encontro ao conceito de poder no sentido de retratar uma ideia de opressão, temor e supressão de liberdade de uma minoria sobre uma maioria.

Sob a perspectiva de Foucault, de acordo com o seu método discursivo (SCHOENWELDER-KUENTZE, 2016, p.132-151), o poder configura um conjunto de relações assimétricas, constituído sempre por dois polos – um ativo e o outro passivo -, onde um exerce influência sobre o outro, assim como esse outro exerce poder sobre um terceiro e assim sucessivamente, de maneira dinâmica.

Conforme apontado acima, Foucault não identifica um conceito de “Teoria de Poder”. Na verdade, o autor rejeita completamente essa ideia, haja vista não considerar o poder como uma realidade que possua uma natureza, uma essência, que se possa definir em características universais: o que existe são discursos de poder.

A bem da verdade, dá ênfase à análise do termo sob uma perspectiva dialógica, na qual uns sujeitos atuam sobre outros, em uma relação assimétrica, permanente, dinâmica e positiva. Nesse contexto, Foucault (1979, p. 248) aduz que:

O poder não existe. Quero dizer o seguinte: a ideia de que existe, em um determinado lugar, ou emanando de um determinado ponto, algo que é um poder, me parece baseada em uma análise enganosa e que, em todo caso, não da conta de um número considerável de fenômenos. Na realidade, o poder é um feixe de relações, mais ou menos organizado, mais ou menos piramidalizado, mais ou menos coordenado. Portanto, o problema não é de construir uma teoria do poder.

Nessa perspectiva, Foucault defende a ideia de que não existe uma concepção de poder como algo unitário e global, mas, sim, formas díspares, heterogêneas e que se encontram em constante transformação. Afirma que “o poder não seria um objeto natural, uma coisa, mas sim uma prática social e, como tal, constituída historicamente”.

Desse modo, por meio do estudo de suas obras, constata-se que o autor propõe uma reflexão sobre o conceito de poder, desconstruindo a ideia tradicional de um poder estático e de imanente soberania, exercido verticalmente. A bem da verdade, entende, por meio de uma análise diferencial dos diferentes níveis de poder dentro da sociedade, que o poder é uma realidade dinâmica de relações, onde sujeitos agem sobre outros sujeitos.

Para Michel Foucault, o atual conceito de poder repousa sobre uma corrente ideia falsa. Destacando diversos posicionamentos que vão de encontro ao entendimento majoritário que tradicionalmente se tem sobre o esse termo; em primeiro lugar, o autor entende que as pessoas consideram que o poder é algo fixo, que emana de um núcleo central, de onde tudo é controlado, o qual se irradia para as suas extremidades, havendo, portanto, uma autoridade única, ou seja, alguém que fora investido dessa função, ocupando, dessa forma, uma posição de detentor do poder. Nesse sentido, o autor (FOUCAULT, 2001, p.265) declara que:

Eu quero dizer isto: a ideia que há, um lugar qualquer, ou emanando de um ponto qualquer, algo que é um poder, (Tal ideia) parece-me descansar sobre uma análise falsificada, e que, em todo caso, não se dá conta de um número considerável de fenômenos.

No seu entendimento, o poder não se encontra entranhado em um núcleo central estático. Na realidade, pontua que este é, conforme antedito, dinâmico, “enigmático”. Ele é, ao mesmo tempo, visível e invisível, presente e escondido, “investido” por toda a parte.

Para Foucault, não há que se falar em “dimensão potencial do poder”. Ele não seria onipotente ou onisciente. Pelo contrário, se as relações de poder produziram formas de inquérito e análises dos modos de saber, ele não pode ser tido como onisciente. O poder seria, no caso, cego, porque se encontrava dentro de um impasse. No entendimento do autor (2001, p.1254), se se assistiu a diferentes formas de vigilância, é porque o poder continuava impotente.

Por outro lado, Foucault (1987, p.103) defende que o poder não tem saber sobre tudo, bem como não é capaz de tudo fazer por si só. À contramão da construção lógica e filosófica que visa justificar a concentração de poder, o autor afirma que a onipotência se impõe pela simples razão de que o poder surge a todo instante, em todas as relações entre um ponto e outro, enquanto sua onipresença se justificaria pelo fato de estar por toda parte, vez que provém de todos os lugares.

Foucault critica ainda a ideia de titularidade do poder, vez que esta seria atualmente relacionada com quaisquer sortes de exploração, de manipulação ou de opressão. Em contrário senso, entende que o “poder não é algo que se adquire, arrebate ou compartilhe, algo que se guarde ou deixe escapar”. Defende que nas relações de poder, não haveria dualidade entre dominadores e dominados, em que houvesse repercussão impositivamente vertical, podendo ter qualquer direção (horizontal ou vertical).

Conforme supramencionado, para Foucault não existe o poder em si, ou seja, o poder como algo possuído por alguém, mas sim relações de poder, que,

por meio de mecanismos próprios, atuam como uma força que controla os indivíduos de uma sociedade, coagindo-os e disciplinando-os. Neste diapasão, busca pontuar seu conceito de relação de poder (FOUCAULT, 2001, p.1538):

Quando se fala de poder, as pessoas pensam imediatamente em uma estrutura política, um governo, uma classe social dominante, o mestre frente ao escravo, etc. isto não é de nenhum modo aquilo que eu penso quando falo de relações de poder. Eu quero dizer que, nas relações humanas, qualquer que sejam - que trate de comunicar verbalmente, como fazemo-lo agora, ou que trate-se de relações amorosas, institucionais ou econômicas -, o poder continua presente : eu quero dizer a relação na qual um quer tentar dirigir a conduta do outro. Estas são, por conseguinte, relações que pode-se encontrar em diversos níveis, sob diferentes formas; estas relações de poder são relações móveis, ou seja elas podem alterar-se, elas não são dadas de uma vez para sempre.

O autor entende que o poder está presente em todas as relações, em uma verdadeira rede que se expande por toda a sociedade. Diz que as relações entre os indivíduos representam poder, vez que estes detêm possibilidades e, a todo instante, exercem influência à liberdade alheia em suas decisões.

Portanto, para Foucault (1979, p. 149) o poder nada mais é que a própria influência que uma ação tem sobre outras, sem necessário caráter punitivo ou impositivo. A disciplina é a marca utilizada pelo autor para diferenciar as hipóteses do exercício impositivo do poder: chamando estas de relações de poder postas, vez que porta consigo um “modelo reduzido do tribunal”.

Sob este prisma, é que se evidenciam as relações de poder sem maiores entraves, pois os polos da relação são distintos, como os papéis que incorporam, por exemplo: opressor-oprimido, mandante-mandatário, persuasivo-persuadido, e tantas quantas forem as relações que exprimam comandantes e comandados.

Foucault, portanto, acredita que as verdadeiras relações de poder estão no cotidiano e que as instituições políticas falham ao tentar controlar todas as relações de poder, independentemente da extensão de sua digesta normativa. O bom funcionamento social seria fruto, na verdade, do depósito da responsabilidade nos indivíduos que são implicados nas relações cotidianas, pautado num mínimo de normatização institucional. Oportunidade em que relega ao *jus* estatal plano secundário, frente à *jus* social.

Diante dessa ideia de microestrutura do poder de Michel Foucault, traz-se à baila os parâmetros da Justiça Restaurativa, como alternativa e modelo de resolução de conflitos, por meio da delegação de poderes às partes envolvidas no

litígio penal, a fim de que, juntamente com a sociedade que lhes circunda, participem ativamente do processo de retribuição, ressocialização e reintegração.

4 O EXERCÍCIO DEMOCRÁTICO DO PODER PELA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa, conforme apontou-se acima, pode ser legitimada pelo discurso acerca do que se pode chamar “poder inclusivo” em Foucault. O caminho histórico-cronológico e teórico até o surgimento do conceito de poder em Foucault passa por Maquiavel, Hobbes, Rousseau, Locke, dentre outros autores que tentaram atribuir significado e legitimidade ao exercício do poder através de discursos específicos. Seus modelos, no entanto, vinculam o poder ao soberano ou a uma elite economicamente dominante. Legitimam, portanto, a chamada “justiça punitiva”.

Assim como Marx (2011) propõe o “materialismo dialético” para apontar que “as formas de produção movem o mundo”, em contraposição ao idealismo histórico-dialético de Hegel, a ideia de poder de Foucault é material e inclusiva e se espalha por toda a sociedade, em contraposição às diferentes concepções idealistas de poder de Hobbes, Maquiavel, Rousseau e outros. O entendimento de Foucault acerca do poder respalda a justiça restaurativa, como uma forma de exercício democrático do poder.

A chamada “mediação vítima-ofensor” consiste em proporcionar que ambos, colocados em um mesmo ambiente, guardada a segurança física e jurídica, busquem um acordo que implique na resolução de outros aspectos decorrentes do delito que não digam respeito apenas à punição-retribuição, mas que abranjam, por exemplo a reparação de danos emocionais sofridos pela vítima.

Importante frisar que a aplicação da justiça restaurativa não implica no não cumprimento da pena tradicional, já que ambas podem ocorrer concomitantemente. Aquela tem um papel fundamental no que tange à efetiva pacificação do conflito originado pelo ilícito penal. Isso porque a justiça restaurativa propõe um novo paradigma na definição de crime e dos objetivos da própria justiça. Ela envolve a concepção de crime como violação à pessoa e às relações interpessoais.

A Justiça Restaurativa é uma prática bastante difundida em diversos países, que propõe um ritual informal, no qual agressor e vítima são postos em um diálogo, mediato ou imediato, sempre com a participação de terceiros, visando a desconstrução do paradigma estéril punitivo exclusivamente retributivo, ao enxergar no agressor a possibilidade de conscientização e reparação do dano provocado. Ou seja, mediante participação ativa de ambos os interessados se reparam conflitos à margem do sistema punitivo Estatal.

Conforme Zaffaroni, as penas não passam de simples mecanismos de manifestação de poder do Estado (ZAFFARONI, 1991, 204), dada sua ineficácia ou falibilidade, devem-se buscar novos métodos que viabilizem a reconstrução da justiça social. Voltaire já afirmava à época que os infratores deviam ser condenados a viver e serem úteis a seus países, vez que causaram prejuízos e a sociedade demanda reparação (VOLTAIRE, 2006, p.19).

Ou seja, a própria sociedade, ao ver-se preterida, é quem demanda as necessárias reparações e, sob esta perspectiva de empoderamento social, é que se propõem as práticas da Justiça Restaurativa, em que a responsabilidade e o poder orbitam da esfera pública estatal para a esfera particular de interesse primário, subsidiada pelo interesse coletivo.

No Brasil, as práticas tradicionais de cárcere são responsáveis pela simples segregação momentânea dos transgressores da lei. Em momento algum conferem qualquer assistência direta ou indireta ao constrito no sentido de prepará-lo ao posterior convívio em sociedade. A bem da verdade, a realidade prisional brasileira atual lembra a descrita por Howard (1777, p.7) em seu ensaio sobre as prisões no Reino Unido no Século XVIII:

There are prisons, into which whoever looks will, at first sight of the people confined there, be convinced, that there is some great error in the management of them; the shallow meagre countenances declare, without words, that they are very miserable; many who went in healthy, are in a few months changed to emaciated dejected objects. Some are seen pining under diseases, "sick and in prison"; expiring on the floors, in loathsome cells, of pestilential levers, and the confluent small-pox; victims, I must not say to the cruelty, but I will say to the inattention, of sheriffs, and gentlemen in the comission of the peace. The cause of this distress is, that many prisons are scantily supplied, and some almost totally unprovided with the necessaries of life.¹

São várias as semelhanças que podem ser identificadas entre os escritos de Howard e a realidade prisional brasileira, espelhada em uma estrutura precária que remonta, em perfunctória leitura, os contornos expostos há mais de três sé-

¹"Há prisões a que basta um primeiro olhar, aos lá confinados, para convencer-se de que há um grande erro em sua gestão. As espécies esqueléticas declaram, sem nem mesmo pronunciar-se, ser integralmente miseráveis, muitos daqueles que entraram com saúde, em poucos meses, transformaram-se em objetos desanimados. Alguns inclusive são vistos definhando às "doenças da prisão", expirando ao chão, em celas repugnantes, infestadas de pestes, como varíola. Estes são vítimas, não da crueldade, mas do descaso dos administradores e responsáveis. A causa destes sofrimento é que muitas prisões são pifiamente abastecidas, enquanto muitas, sequer atendem às condições mínimas necessárias à vida humana" (Tradução livre).

culos. Neste diapasão, denota-se a ineficiência do Estado e justifica-se a pulverização do Poder Estatal à sociedade, como mecanismo alternativo ao problema.

O empoderamento das partes do conflito, mediante a perspectiva da Justiça Restaurativa, viabiliza a resolução do conflito espelhado nos interesses sociais e, conseqüentemente, beneficiando a sociedade como um todo. Tal perspectiva, ao abstrair do Estado o monopólio do poder punitivo, permite às partes identificar não só a solução do conflito, mas a raiz do problema social. Pautado às ideias de Foucault, a transferência de poder instrumentalizaria o diálogo entre as partes, ao conferir-lhes o direito de dirimir os próprios conflitos.

Ao tempo que se confere à sociedade o direito de transigir acerca do tema, abandona-se a ideia clássica de responsabilização estatal, enquanto ser onipotente, onisciente e onipresente; constrói-se um modelo mais equânime e eficiente no âmbito das relações de poder. Até porque é pressuposto de validade jurídica da norma a sua legitimação social; esta, escorada nos próprios valores da sociedade, há de guiar os legisladores e conformar a norma no sentido de esta venha a preencher sua função: de regulamentar conflitos judiciais, no sentido de uma validade deôntica não-imperativista (HABERMAS, 1999, p.84-85).

Neste diapasão, expurgadas as ideias de monopólio, estaticidade e concentração do poder, no caso, do *jus puniendi*, a sociedade será capaz de gerir e administrar a resolução de conflitos, mediante regras mínimas de convivência, ao viabilizar o diálogo entre os interessados imediatos no conflito, subsidiados pela comunidade. Possibilitando, assim, não só a retribuição do dano causado, mas também a ressocialização e a reintegração do pretense agressor no seio social.

É necessário, pois, enfatizar o aspecto zetético do poder, ao invés de sua dimensão dogmática (FERRAZ JÚNIOR, 1995, p.21-22). O sentido do discurso diretivo do poder punitivo não deve excluir o sentido informativo e comunicativo do discurso, necessita trazer a lume aspectos psicológicos, antropológicos, filosóficos, históricos e sociológicos na aplicação da justiça. O Direito, especialmente o Direito Penal, não pode se mostrar como fenômeno burocratizado, como um simples instrumento de poder punitivo e a ciência jurídica como uma técnica a serviço desse poder.

Como bem defende Boaventura de Souza Santos (1988, p.61), é necessária a existência de modelos alternativos de administração da justiça, que ocorram paralelamente ao modelo tradicional de administração tecnocrática da mesma. A justiça restaurativa, no caso, propõe a mediação ou conciliação através de instâncias e instituições descentralizadas que possam substituir ou complementar o modelo tradicional. Propõe, portanto, a construção de um Direito novo, ou de um novo paradigma do Direito Penal. Um modelo jurídico capaz de limitar o espaço da dominação burocrática e da violência – no sentido da ordenação da legiti-

dade sob coação – e promover a expansão do diálogo como processo de negociação e de participação.

CONCLUSÃO

A justiça restaurativa configura um meio alternativo de resolução de conflitos penais em uma sociedade caracterizada pelo temor diante da fragilidade e ineficiência do sistema estatal criminal, baseado somente na justiça punitiva. Esta, por sua vez, encontra respaldo nos clássicos conceitos de poder, que se destacam na Modernidade pelas ideias de Maquiavel, Hobbes, Locke e Rousseau, dentre outros.

A abordagem do poder em Foucault inova ao conceber o poder como um processo, um movimento, uma ação, um discurso que se encontra pulverizado em toda a sociedade, em vez de tê-lo como um conceito ideal e estático, legitimador da “disciplina” autoritária imposta pelas funções estatais e autorizador da justiça punitiva.

Sua concepção de poder ganha forte conotação, principalmente, se vinculadas à prática da Justiça Restaurativa, na qual a sociedade participa de forma ativa do processo de retribuição, reintegração e ressocialização do infrator, haja vista ocorrer uma transposição de poderes proveniente do Estado (*jus puniendi*) para as partes que se encontram envolvidas no litígio penal.

Por meio do presente artigo pode-se, pois, estender o pensamento de Foucault, relativamente a uma perspectiva do exercício do poder no âmbito do processo penal: se o poder é fruto da própria dinâmica das relações interpessoais, onde sujeitos agem uns sobre outros, também a resposta aos atos que infringem as condutas tidas como lícitas por uma determinada comunidade podem ser restauradas com a participação dessa mesma comunidade.

Foucault acredita que as verdadeiras relações de poder estão imiscuídas nos vínculos cotidianos, sendo, falhas, portanto, quaisquer tentativas por parte do Estado de deter e regulamentar, por completo, os vínculos de empoderamento presentes na sociedade, sendo necessário que os vínculos e, especialmente o rompimento de alguns vínculos sejam elaborados pela própria sociedade.

Portanto, faz-se necessária uma sedimentação microfísica dos institutos de poder. A pulverização desconcentrada destes às relações interpessoais pode viabilizar institutos como a referida prática restaurativa nos conflitos penais: as partes interessadas, subsidiadas pela comunidade, poderão transigir sobre as causas e consequências do litígio, envolvendo, assim, todos os interessados num processo material dialético disciplinar eivado de ampla legitimidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Cletiane Medeiros; COSTA, Saulo Felipe; MELO, Vilma Felipe Costa de. HOBBS E LOCKE: duas propostas políticas para a guerra civil inglesa (sec. XVII). *Problemata: R. Intern. Fil.* v.02. n. 02. (2011), pp. 196-227.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de Filosofia*. Consultoria da edição brasileira, Danilo Marcondes. Tradução de Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. Ed. Brasília: Unb, 1998.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 13ª Ed. Brasília: Ed. UnB, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

BRITO, Leila. *O "poder" segundo Foucault*. 24 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.chacomletras.com.br/2010/03/o-poder-segundo-foucault/>>. Acesso em 12 de novembro.2015.

CASTRO, Edgardo. *Vocabulário de Foucault — um percurso pelos seus temas, conceitos e autores*. Tradução de Ingrid Muller Xavier; revisão técnica de Alfredo Veiga-Neto e Walter Omar Kohan. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

DESCARTES, Rene. *Discurso do Método*. Tradução de Maria Ermatina Galvão. 3a. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DELEUZE, Gilles. *Foucault*. Collection Critique. Paris: Les éditions de Minuit, 1986.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1995.

FERREIRA, Aurélio B. de H. *Minidicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FOUCAULT, Michel. *Dits et écrits*. Édition Établie sous la direction de Daniel Defert et François Ewald. Collaboration de Jacques Lagrange, Vol. I et II. Paris. Quarto Gallimard, 2001.

_____. *Surveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Gallimard, 1993.

_____. *Histoire de la folie à l'âge classique*. Paris: Gallimard, 1972.

_____. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 10. Ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Tradução de Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. O sujeito e o poder. In: DREYFUS, H.; RABINOW. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

_____. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FREUD, Sigmund. Jenseits des Lustprinzips. In: *Gesammelte Werke*. Band XII, Frankfurt am Main: Fischer Taschenburch Verlag, 1999.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Tradução de Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HERB, Karlfriedrich. *Beyond good and evil: perceptions of power in Machiavelli, Hobbes, Arendt, and Foucault*. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010333522013000100008&script=sci_arttext./>. Acesso em 14 de novembro.2015.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- _____. *De Cive: elementos filosóficos a respeito do cidadão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1993.
- LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Segundo Tratado Do Governo Civil*. Petrópolis: Vozes, 1994.
- MACHADO, Roberto. Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.
- MAIA, Antonio Carlos. *Algumas considerações sobre o conceito de poder em Michel Foucault*. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Pontifícia Universidade Católica. Rio de Janeiro: 1988.
- _____. Sobre a analítica do poder de Foucault. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP*, S. Paulo, 7(1-2): 83-103, outubro de 1995.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Tradução de Antonio Caruccio-Caporale. São Paulo: L&PM Editores: 2011.
- MARIETTI, Angèle K. *Introdução ao pensamento de Michel Foucault*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1977.
- MARX, Karl. *Zur Kritik der hegelschen Rechtsphilosophie*. Berlin: Contumax Verlag, 2011.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Die Geburt der Tragödie: oder Griechentum und Pessimismus*. Berlin: Holzinger Verlag, 2015.
- NASCIMENTO, Milton Meira. Rousseau: da servidão à liberdade. In: WEFFORT, Franciso (Org). *Os Clássicos da Política*. São Paulo: Atica, 1991
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução de Pietro Nasseti.3.ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1998.
- SCHOENWAELEK-KUNTZE, Tatyana. *Philosophische Methoden*. Hamburg: Junius Verlag, 2016.
- VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault e a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.
- VOLTAIRE. *O preço da justiça*. Tradução de Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

O SISTEMA DE JUSTIÇA NEGOCIADA EM MATÉRIA CRIMINAL: REFLEXÕES SOBRE A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

THE NEGOTIATED JUSTICE SYSTEM IN CRIMINAL MATTERS: REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN EXPERIENCE

Humberto Barrionuevo Fabretti

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Mestrado da Escola Paulista de Direito - EPD. Professor de Direito na Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Virgínia Gomes de Barros e Silva

Mestranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em direito pela Universidade Federal de Pernambuco.

Submetido em: 26/05/2018

Aprovado em: 30/05/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5919>

Resumo: O presente artigo se propõe a analisar o sistema de justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. Aborda o seu conceito, os princípios que o fundamentam e a influência do modelo norte-americano na negociação da sentença criminal, que possibilita a abreviação do processo a partir da confissão do réu – ou, ao menos, da sua ausência de contestação. Entende-se que a negociação da sentença em matéria criminal colide com alguns princípios fundamentais de um processo penal democrático. É necessário, portanto, ter prudência na incorporação deste modelo ao ordenamento pátrio, sob pena de, em busca da celeridade processual, atropelar-se garantias fundamentais do processo em um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Justiça penal negociada; Processo penal democrático; Garantias fundamentais.

Abstract: *This article proposes to analyze the criminal negotiated justice system in the Brazilian legal system. It addresses its concept, the principles that underlie it and the American model influence in the negotiation of the criminal sentence, which makes it possible to abbreviate the process from the confession of the defendant - or, at least, from his absence of contestation. It is understood that the negotiation of the sentence in criminal matters conflicts with some fundamental principles of a democratic criminal procedure. It is therefore necessary to be prudent in incorporating this model into*

the country's legal system, under penalty of seeking the speed of proceedings to trample fundamental guarantees of the process in a Democratic State of Law.

Keywords: *Negotiated criminal justice; Democratic criminal procedure; Fundamental guarantees.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A justiça Penal Negociada: causas de legitimação. 2.1. Pressupostos para a validade do consenso. 2.2. A hipervalorização do papel do acusador e sua incompatibilidade com o sistema acusatório. 3. Os Juizados Especiais Criminais. 4. A Colaboração Premiada. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em 13 de Fevereiro de 2018, uma juíza aposentada do estado de Missouri, EUA, publicou um artigo¹ no jornal *The Washington Post* pedindo que a Suprema Corte norte-americana anulasse uma sentença que ela havia proferido cerca de vinte anos antes – e pela qual estava arrependida. Em 1997, Evelyn Baker condenou um adolescente a 241 anos de prisão por dois assaltos à mão armada, nos quais não houve feridos. No artigo, ela relata que, dentre os motivos que a levaram a estabelecer uma pena tão alta, estava o fato de o adolescente não ter aceitado a negociação proposta pelo Ministério Público, que ofertara trinta anos de prisão em troca da confissão do crime. O jovem, agora adulto, segue preso em regime fechado aguardando a solução do impasse².

Aos olhos de um jurista brasileiro, pode parecer estranho a possibilidade de a acusação propor uma pena tão alta em troca da confissão do réu. A negociação da sentença criminal, contudo, é praxe no sistema norte-americano. Pesquisa de 2013 apontou que quase 97% das condenações no sistema de justiça federal dos EUA se fundamentam em acordos para o reconhecimento da culpabilidade (VASCONCELLOS, 2015). No Brasil, o debate avança com o entusiasmo de determinados juristas que veem no modelo de justiça negocial um destino inexorável do sistema de justiça brasileiro e de outros países. Esse preceito, entretanto, não avança sem críticas. Consolidado no direito brasileiro a partir da Lei 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais, e fortalecido pela Lei 12.850/13, que incorporou no ordenamento pátrio o instituto da colaboração premiada, tal sistema tem sido combatido sob o argumento de apresentar características incompatíveis com um Processo Penal Democrático.

¹ Washington Post 201. "I sentenced a teen to die in prison. I regret it". Disponível em https://www.washingtonpost.com/opinions/i-sentenced-a-teen-to-die-in-prison-i-regret-it/2018/02/13/20e-731ba-103a-11e8-8ea1-c1d91fcec3fe_story.html?utm_term=.20c1c4fa4cab. Acessado em 23/04/2018.

² Consultor Jurídico. "Arrependida, juíza pede à Suprema Corte para anular decisão tomada há 20 anos", 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-20/juiza-suprema-corte-anular-decisao-tomada-20-anos>>. Acessado em 23/04/2018.

O presente artigo busca contribuir com a discussão, analisando os princípios e pressupostos processuais correspondentes, bem como a experiência judicial brasileira, com vistas a confrontar argumentos e apontar perspectivas que auxiliem na evolução do debate. Inicia-se com a conceituação do acordo no processo penal, sua relação com o princípio da obrigatoriedade da ação penal, bem como sua adequação ao sistema processual pretensamente acusatório estabelecido no ordenamento jurídico pátrio. Adiante, passar-se-á a análise da experiência brasileira iniciada com a criação dos Juizados Especiais Criminais, bem como com a instituição da delação premiada.

Por fim, serão apontadas conclusões no sentido de aprimoramento do modelo, bem como da cautela que se há de ter para que não se insista na importação de um sistema que não corresponde às demandas da realidade do sistema judicial brasileiro. Naturalmente, não é propósito do presente trabalho esgotar o debate em torno da negociação da pena na justiça criminal. Nem poderia, face à complexidade que o tema envolve. Trata-se, portanto, de uma contribuição a um tema que ainda enseja diversas polêmicas e expectativas, em face da tendência observada nos últimos anos de ampliação das hipóteses de justiça negociada no sistema judicial criminal brasileiro.

2 A JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA: CAUSAS DE LEGITIMAÇÃO

Na medida em que as relações sociais têm adquirido mais complexidade, o direito penal tem se expandido, novos tipos penais são criados, penas em abstrato aumentadas e a pressão social pela solução do aumento da criminalidade também cresce. Desse modo, as discussões relacionadas ao papel do direito no controle da violência e da corrupção ganham relevo, com o Judiciário assumindo cada vez mais protagonismo no debate público. Como forma de responder às crescentes pressões de cunho punitivista, parte dos juízes reagem por meio de condenações fundamentadas em frágil arcabouço probatório ou pela imposição de medidas cautelares respaldadas em noções equivocadas do que vêm a ser a “garantia da ordem pública”, como se o aumento no número de condenações refletisse necessariamente uma maior eficiência do sistema.

Dados do Conselho Nacional de Justiça apontam que, em 2015, existiam seis milhões de ações criminais ainda na fase de conhecimento no judiciário brasileiro³. Esse fenômeno de expansão do direito penal não ocorre, entretanto, desprovido de críticas. Lênio Streck (2018) afirmou em artigo recente que “um país

³ Conselho Nacional de Justiça. “Estatísticas revelam aumento das condenações de encarceramento”, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83669-estatisticas-revelam-aumento-das-condenacoes-de-encarceramento>>. Acessado em: 23/04/2018.

que confunde direito penal com política social de controle de massas está com seríssimos problemas de compreensão sobre o próprio sentido do Direito”.

Nesse cenário, é natural – e, até certo ponto, necessário – que se sobressaiam propostas sobre a busca por mais celeridade e eficiência da justiça criminal. Tal preocupação encontra amparo na Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inc. LXXVIII dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Badaró (2015) explica que o prazo razoável do processo deve ser analisado em um aspecto duplo: tanto no direito a um processo em prazo razoável sem dilações indevidas, como quanto ao direito ao desencarceramento do acusado preso cautelarmente, caso seu processo se prolongue por tempo indevido.

De fato, a morosidade judicial, de modo geral, acarreta prejuízos a todos os interessados no processo. Brandalise (2016, p. 32) sintetiza essa questão quando afirma que a demora trás dificuldades ao acusado, na medida em que prolonga a “incerteza sobre seu futuro e condicionamento de sua liberdade”, bem como “à sociedade, porque esta clama por uma justiça em adequado prazo, que puna os responsáveis pelo crime que seja credível”.

É neste contexto que a justiça criminal negocial se posiciona como um dos temas centrais do processo penal contemporâneo. Busca-se na preocupação com o prazo razoável do rito e na economia processual as causas de legitimação do acordo na esfera judicial. Não se afirma, neste ponto, que o consenso no processo penal seja um fenômeno recente, posto que observado com fôlego na jurisprudência norte-americana desde o século XIX. No caso do Brasil, entretanto, país de tradição *civil law*, a crescente presença deste debate no âmbito jurídico se deu fundamentalmente a partir das últimas décadas.

A preocupação com lentidão judicial generalizada tem induzido à formulação de propostas para a celeridade e simplificação do rito processual. A barganha, ou negociação, da sentença criminal conquista o entusiasmo de juristas ao antecipar a aplicação da sanção penal, abreviando o processo a partir da confissão do réu (ou, ao menos, da falta de contestação às acusações apresentadas), que abre mão de seus instrumentos de defesa e, assim, facilita a atividade acusatória, podendo, ainda, colaborar com a produção de provas contra si mesmo ou contra terceiros envolvidos na prática de eventuais ilícitos penais.

Entende-se, dessa forma, que além de facilitar o trabalho da acusação, é forçoso reconhecer que, a depender do caso, a barganha pode prestar-se também ao benefício do acusado, como forma de atenuar o sofrimento que o processo naturalmente proporciona e de auferir uma pena mais benéfica.

De forma resumida, Brandalise conceitua a justiça negociada da seguinte forma:

[...] é um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (em prol do direito de defesa) (BRANDALISE, 2016, p. 29).

Vasconcellos, por sua vez, pontua:

[...] pensa-se que a justiça consensual (ou negocial) é o modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes (VASCONCELLOS, 2015, p. 55).

Observa-se, assim, a abreviação dos trâmites processuais ordinários a partir do acordo proposto pela acusação no qual o acusado confessa as imputações que lhe são direcionadas ou, pelo menos, abdica do direito de contestá-las, em troca de uma pena mais branda, ou, em alguns casos, de perdão judicial. A depender do caso, a proposta do Ministério Público pode ser apresentada antes ou depois do oferecimento da denúncia, sendo necessários, para a consolidação do acordo, alguns requisitos fundamentais.

Os principais fundamentos da aplicação da barganha no processo penal, portanto, se referem à celeridade e economia processual. Busca-se abreviar o rito como forma de garantir-se mais eficiência ao sistema de justiça. São essas as justificativas que fizeram da negociação da sentença uma prática cotidiana nos Estados Unidos e que despertam o entusiasmo dos juristas que buscam naquele país a inspiração para um modelo mais célere de justiça processual.

Cumpre destacar, entretanto, que tais fundamentos recebem severas críticas por parte dos juristas norte-americanos – no Brasil, não é diferente. O processo penal é também uma arma da civilização contra a barbárie. Através da garantia

do contraditório, do juiz natural e de outros princípios constitucionalmente respaldados, busca-se a verdade possível dos fatos e a coibição do arbítrio.

2.1 PRESSUPOSTOS PARA VALIDADE DO CONSENSO

O consenso no processo penal se manifesta de variadas formas em cada país, inclusive no direito pátrio, a depender de qual seja a lei na qual se referencia. Para que o acordo seja válido, entretanto, alguns pressupostos gerais se fazem necessários: (I) voluntariedade do acusado na negociação; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional; (III) adequação da proposta à denúncia apresentada.

A voluntariedade é condição basilar para a validade de acordo judicial, uma vez que, diante de sua aceitação, o acusado aceita abrir mão de instrumentos direitos fundamentais para sua defesa presentes apenas no processo ordinário. O aceite do acordo importa na confissão do acusado – ou, pelo menos, na ausência de contestação às acusações apresentadas – renunciando ao seu direito ao contraditório, à elaboração de provas a seu favor, dentre outros. Uma vez negada a proposta de acordo pelo acusado, o processo deverá seguir seu rito normal.

Deve ser pela manifestação da sua livre vontade, portanto, que o acusado aceite os termos da negociação. Qualquer coação indevida sobre si será requisito para invalidade do acordo.

O segundo requisito se refere à compreensão dos termos da negociação por parte do acusado. Ele deve ter ciência de sua situação e das acusações que lhe são imputadas, da pena a lhe ser imposta, bem como das consequências e dos direitos que renuncia a partir da celebração do acordo. Por fim, faz-se necessária a adequação entre os fatos indicados pela acusação e o crime confessado, tema controverso, pois, dependendo do caso, não há como ter provas das acusações imputadas para além do próprio reconhecimento por parte do acusado.

A todos os pressupostos apresentados são feitas ponderações ou críticas por parte da doutrina. Sob o argumento de economia e celeridade processual, suprimem-se direitos fundamentais do réu, que, diante da possibilidade de ver-se submetido a uma pena desproporcional em caso de rejeição do acordo, aceita os termos propostos. Não se trata sempre de confessar um fato criminoso, mas de ratificar a acusação. Mesmo que ele seja inocente, o medo de uma condenação injusta pode levá-lo a encurtar o sofrimento que o processo gera e declarar-se culpado como forma de evitar um mal maior, sobretudo se estiver preso ou submetido a outras medidas cautelares.

Sobre a justiça negociada, Aury Lopes Jr. alerta:

O pacto no processo penal é um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao 'acordo' vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra (LOPES JUNIOR, 2017, p. 785).

A busca pela verdade processual, assim, se relativiza em detrimento de uma verdade negociada entre as partes, a partir das informações colhidas na fase pré-processual e, por isso mesmo, ainda não submetidas ao contraditório. O princípio norteador do processo penal democrático, a presunção de inocência, dá lugar agora à presunção de culpa.

Conforme pontua Vasconcellos:

[...] o requisito da voluntariedade na aceitação da barganha é falacioso, pois o funcionamento dos mecanismos se dá por ameaça, que causa a impossibilidade de qualquer escolha livre da defesa, atestando problemática que, por certo, intensifica-se diante do panorama de desigualdade social brasileiro, o qual já é permeado por insuficiência na assistência jurídica penal (VASCONCELLOS, 2015, p. 168).

Entende-se não ser possível suprir direitos fundamentais em detrimento de uma pretensa celeridade processual. Parcela dos entusiastas da justiça penal negociada parece, na verdade, transferir para o réu a responsabilidade pelo congestionamento do judiciário. Brandalise afirma ser “inviável o aumento desmesurado de integrantes do Poder Judiciário e do Ministério Público” (BRANDALISE, 2016, p. 40), demonstrando que o problema da morosidade judicial não está no réu, mas na insuficiência de recursos para a administração da justiça. O sistema judiciário não pode, portanto, transferir para o acusado um problema que é de sua inteira responsabilidade. A celeridade processual, afinal, precisa ser pensada também do ponto de vista do acusado – mas não por meio da supressão de suas garantias fundamentais.

Sem prejuízo das causas atenuantes, a pena deve ser imposta na medida da culpabilidade do réu. Deve ter relação com os fatos narrados e não com critérios vinculados puramente à gestão do sistema judicial.

2.2 A HIPERVALORIZAÇÃO DO PAPEL DO ACUSADORE SUA INCOMPATIBILIDADE COM O SISTEMA ACUSATÓRIO

Questão que se apresenta sobre o tema diz respeito a possibilidade de não oferecimento da denúncia por parte da acusação, uma vez que a avaliação de

oportunidade por parte do Ministério Público para apresentar denúncia criminal iria de encontro ao princípio da legalidade, normalmente associado à obrigatoriedade de oferecimento da ação penal sempre que forem verificados indícios de autoria e materialidade de infração à lei penal.

Sobre este ponto, Vasconcelos afirma:

[...] de um lado, há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal (...). De modo distinto se caracteriza a obrigatoriedade da ação penal, a qual, segundo nossa visão, pode ser excepcionada dentro da legalidade, ou seja, conforme hipóteses e condições previstas no texto legal (VASCONCELLOS, 2015, p. 43).

Posto isso, não se pode olvidar que, ainda que haja previsão legal para que o Ministério Público ofereça acordo no processo penal, resta a reflexão sobre o reposicionamento de suas funções neste contexto. Uma vez que o papel do juiz é meramente protocolar na homologação do consenso, concentra-se em um único sujeito processual a incumbência de acusar e julgar, pactuando a pena em uma posição processual superior a do acusado. Ora, o processo penal é um direito fundamental em uma sociedade democrática: é o único caminho possível para se impor uma pena a um cidadão, configurando limitação ao poder punitivo estatal. Ainda que se reconheça que não seria adequado o juiz negociar a pena, é preciso ter prudência em relação aos critérios que a acusação utilizará para oferecer acordo.

Essa é uma das razões pela qual se reconhece a incompatibilidade da justiça negociada com o modelo acusatório, ou com o modelo misto, adotado pelas sociedades democráticas hodiernas. Em linhas gerais, considera-se a existência de dois sistemas processuais penais. No inquisitório, o juiz atua de ofício e age também como acusador. Não há, portanto, imparcialidade e passividade do julgador.

Já no modelo acusatório existe a separação da figura do acusador e do julgador e igualdade entre a acusação e a defesa. O processo é público e permite o exercício do contraditório e ampla defesa.

No sistema acusatório, portanto, existem determinadas garantias da defesa incompatíveis com a barganha da sentença criminal. Garantias, essas, que têm sido relativizadas em prol de uma pretensa celeridade e eficiência processual, como se a ideia de efetividade estivesse necessariamente associada à ideia de condenação. De acordo com Aury Lopes Jr.:

A tese de que as formas de acordo são um resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes” é totalmente ideológica e mistificadora, como qualificou Ferrajoli, para quem esse sistema é fruto de

uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico (LOPES JUNIOR, 2017, p. 784).

No modelo norte-americano, pode o Ministério Público negociar não apenas a pena do acusado, mas também os fatos e imputações que lhe serão direcionadas, o que corrobora com o argumento exposto anteriormente de que a verdade perseguida na justiça penal negociada é a verdade negociada entre as partes e não a verdade processual estabelecida a partir das provas colhidas, do confronto entre diferentes alegações e da observação dos direitos fundamentais da defesa.

No Brasil, para que o Ministério Público esteja habilitado a negociar os termos da condenação, é imprescindível que haja previsão legal para tanto, vez que, conforme dito anteriormente, o processo pátrio se pauta pelo princípio da legalidade. É por essa razão que se recebeu com perplexidade a edição da Resolução Nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴, a qual, em seu artigo 18º, prevê que “não sendo o caso de arquivamento (*da investigação criminal*), o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática” mediante determinadas condições elencadas do referido artigo (grifos nossos).

Trata-se de uma flagrante hipertrofia nas funções do órgão acusador, que possibilita a imposição de sanção ao investigado com fundamento nas investigações pré-processuais sem garantia de contraditório ou de outros direitos que lhe são inerentes no curso do processo. A resolução concede ao Ministério Público, portanto, poderes que não lhe são conferidos pela Constituição Federal ou pela legislação extravagante, transformando-o em órgão acusador e julgador, em evidente confronto ao que se espera de um processo penal democrático.

Embora não seja o objetivo deste artigo, cabe, neste ponto, registrar a preocupação com a tendência de hipervalorização da função do Ministério Público, que gera desequilíbrio entre as partes no processo penal e invasão da competência do órgão julgador. Esse papel é incompatível com o modelo acusatório do processo e representa um retrocesso nos direitos e garantias conquistadas nos marcos do Estado Democrático de Direito.

⁴ Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/imagens/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acessado em: 24/04/2018.

3 OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Uma vez avaliados alguns temas gerais sobre a negociação no processo penal, passa-se, neste momento ao estudo das possibilidades de barganha previstas no direito brasileiro. Seu grande marco se deu com a Lei 9.099/95, responsável pela criação dos Juizados Especiais Criminais, no qual se apresenta uma opção clara do legislador pelo estabelecimento de um novo rito pautado na economia processual e celeridade. Isso vem expressamente disposto no artigo 62 da referida lei, que dispõe que “o processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade”.

A Lei 9.099/95 estabelece a possibilidade de conciliação civil, transação penal ou suspensão condicional do processo para infrações de menor potencial ofensivo, definidas como aquelas cuja lei não comine pena máxima superior a dois anos.

A conciliação é possível ainda na fase pré-processual nos delitos em que a lei exige representação ou queixa da vítima. De acordo com o artigo 74, a composição dos danos civis terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente e, de acordo com o seu parágrafo único, o acordo homologado acarretará renúncia ao direito de queixa ou representação. Uma vez descumprido o acordo por parte do acusado, a sentença homologatória servirá como título executivo judicial na esfera cível. Já no caso de não haver conciliação em audiência preliminar, abre-se possibilidade para a transação penal ou, em outro momento, para a suspensão condicional do processo.

A transação penal encontra previsão constitucional no artigo 98, inciso I. Através da transação penal, a acusação poderá propor uma pena restritiva de direitos ou multa, que abrevia o processo por meio da imposição antecipada da sanção penal. Também ocorre antes do oferecimento da denúncia e, uma vez celebrada, não enseja o reconhecimento de culpa, mas o acusado não poderá se beneficiar do instituto por um prazo subsequente de cinco anos. Se o prazo ainda estiver correndo, caberá à acusação apresentar ação penal. Mas, no caso de celebração e cumprimento da transação, estará a acusação impossibilitada de apresentá-la e ocorrerá a extinção da punibilidade do acusado.

Quando os termos da transação forem descumpridos pelo acusado, entende o Supremo Tribunal Federal que a persecução penal deve ser retomada. É o que dispõe a súmula vinculante número 35:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas,

sulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Já a suspensão ocorre depois do oferecimento da ação para crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, situação na qual o Ministério Público poderá propor a suspensão, desde que, nos termos do artigo 89 da referida lei, o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, e presentes estejam os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Uma vez suspenso o processo, o acusado será submetido a um período de prova, sob as condições estabelecidas na lei ou ainda outras que o juiz julgar pertinentes.

Dispõe o parágrafo 4º do artigo 89 da Lei 9.099/95 que “a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta”. Expirado o prazo de suspensão sem que haja causa de revogação, será declarada a extinção de punibilidade.

Repara-se que, nos três institutos previstos, descritos na Lei 9.099/1995, há uma semelhança no que se refere à postura do réu, que aceita a acusação sem contestá-la e acolhe as obrigações que lhe são propostas, ainda que não lhe seja reconhecida a punibilidade em nenhuma das situações. Essa posição ensejou críticas por parte da doutrina, no sentido de que tais institutos suprimiriam direitos dos acusados. Entretanto, uma vez existente previsão constitucional para a transação penal e a opção de rejeição dos termos do acordo por parte do acusado, as polêmicas foram se dirimindo ao longo dos anos, por mais pertinentes que sejam – e, de fato, o são.

Já foi dito que os espaços de oportunidade para negociação por parte do Ministério Público estão delimitados pela legislação vigente. Neste ponto, um tema que se apresenta diz respeito à possibilidade de, uma vez presentes todos os requisitos para concretização da transação penal ou da suspensão condicional do processo no caso concreto, o acusador público estar obrigado ou não a apresentar uma das ditas propostas. A doutrina majoritária⁵ defende que, recusando-se o

⁵ Já em 2001, Geraldo Prado afirmava que “Mesmo se no lugar da proposta o representante do Ministério Público opte pelo oferecimento direto da denúncia, o procedimento deverá ser susgado para que o juiz remeta ao Procurador-Geral os autos, alertando quanto à desatenção sobre a obrigatoriedade da solução consensual. Caso o Procurador-Geral concorde com o Promotor de Justiça, não haverá o necessário consenso a conferir base à transação e, em vista disso o, processo retomará seu curso natural. Se for o contrário, caberá ao próprio Procurador-Geral formular a proposta de pena ou delegar a formulação a outro Promotor de Justiça, homologando o juiz o acordo, se este for concretizado, e deixando de receber a denúncia já oferecida porque o conflito haverá sido resolvido

representante do Ministério Público em apresentar a proposta de acordo, poderá o juiz determinar o envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça, uma vez que não haveria discricionariedade do acusador público para não fazê-lo.

O tema já foi, inclusive, objeto de súmula do Supremo Tribunal Federal, de número 696, a qual dispõe:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Por fim, cumpre ainda destacar um pressuposto comum da transação penal e da suspensão condicional processo. Versa a Lei 9.099/95 que a transação penal não será admitida quando ficar comprovado que “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”. De modo semelhante, o artigo 89 da referida lei, remete ao artigo 77 do Código Penal como requisito para suspensão da pena. Esse último dispõe em seu inciso II sobre “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente”.

Tais pressupostos para a efetivação da transação penal e suspensão condicional do processo se mostram extremamente vagos e abertos, seja porque dispõem sobre pressupostos flagrantemente conflitantes com o princípio da presunção de inocência, como é o caso dos maus antecedentes, seja porque a análise de muitos deles foge às possibilidades e à formação técnica do juiz, como é o caso da “personalidade” do agente.

Esses critérios, portanto, mostram-se incompatíveis com princípios consolidados constitucionalmente no ordenamento pátrio. Observa Aury Lopes Jr:

Em suma, o maior problema é o decisionismo, o verdadeiro autoritarismo que encerra uma decisão dessa natureza, que é substancialmente inconstitucional por grave violação dos direitos de defesa e contraditório, pois não há possibilidade de refutação das hipóteses decisórias. É um dado impossível de ser constatado empiricamente e tampouco demonstrável objetivamente para poder ser desvalorado (LOPES JUNIOR, 2017, p.758).

Tais pressupostos para a efetivação da transação penal e suspensão condicional do processo, portanto, mostram-se extremamente vagos e abertos, seja porque dispõem sobre pressupostos flagrantemente conflitantes com o princípio

definitivamente” (PRADO, 2011, p. 253-254).

da presunção de inocência, como é o caso dos maus antecedentes, seja porque a análise de muitos deles foge às possibilidades e formação técnica do juiz, como é o caso da “personalidade” do agente.

4 A COLABORAÇÃO PREMIADA

Diferentes tipos e graus de colaboração são previstas na legislação brasileira. A Lei 9.613/98, que versa sobre o crime de lavagem de dinheiro, já prevê a redução da pena de um a dois terços nos casos em que o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com a prestação de esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais⁶. Dispositivo semelhante está presente também na Lei de Drogas (Lei 11.343/06)⁷. É, por sua vez, a Lei de Organização Criminosa (Lei 12.850/13) a que melhor detalha o referido instituto em um capítulo intitulado “Da Colaboração Premiada”. Isso porque os diplomas anteriores se concentravam mais nas consequências da delação para a aplicação da pena do que nos seus aspectos processuais.

Trata-se, de modo geral, da possibilidade do acusado, investigado ou indiciado confessar todas ou algumas das imputações que lhe são feitas e, a partir daí, colaborar com a persecução criminal para identificação dos demais autores dos fatos investigados, bem como para a reunião de provas e informações pertinentes ao processo. É aplicável, portanto, nos crimes que envolvem concurso de agentes, quando um ou mais partícipe podem colaborar para a elucidação dos fatos.

Sua aplicação, contudo, não se limita às organizações criminosas. Segundo Badaró, os dispositivos previstos na Lei 12.850/13 terão aplicação a toda e qualquer ocorrência, pois não há “nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais que a prevêm”⁸.

⁶ Lei 9.613/98, art. 1º, § 5º: “A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime”.

⁷ Lei 11343, art. 41: “O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

⁸ Badaró afirma “Terá incidência também, por analogia, a todo e qualquer caso de delação premiada. Isso porque, não há nada de peculiar ou especial, em relação ao crime organizado, que justifique essa restrição de valoração da delação premiada, que não se encontre nos outros regimes especiais

A partir dessas considerações iniciais, já é possível refletir sobre algumas críticas pertinentes ao instituto da colaboração premiada. Afirma-se ser necessária em razão da impossibilidade do Estado dispor de todas as condições para a apuração dos diversos crimes presentes em uma sociedade cada vez mais complexa. Disso depreende-se como positiva a possibilidade do próprio acusado colaborar com a colheita de informações e provas para a elucidação da verdade perseguida.

Por outro lado, acredita-se ser prejudicial ao sistema de justiça que o ônus pela colheita de provas recaia sobre o acusado, a quem se atribui uma “presunção de culpa” e que, pressionado pela hipótese de ser condenado ao final do processo – ou de ao menos, receber uma pena desproporcional à extensão de sua culpabilidade - aceita colaborar com as investigações. De certa forma, neste ponto, há duas manifestações de descrença no sistema de persecução penal: de um lado, por parte do acusado que se vê diante da possibilidade de ser injustiçado ao final do processo e, do outro lado, o próprio Estado ao reconhecer, implicitamente ou não, a ineficiência de sua capacidade investigativa.

Geraldo Prado explica que

A arquitetura da delação premiada, por sua vizinhança com a transação penal, guarda ainda outro elemento que em conexão com uma política criminal de penas cada vez maiores, tem potencial para prejudicar a apuração dos fatos, em processo público e em contraditório. O recrudescimento das penas, ditado pelo movimento de lei e ordem, facilita a “sedução” da delação, esgrimindo-se no campo do concreto com uma pena de efeito simbólico, que de fato nunca caberia ou seria aplicada, mas que, do ponto de vista da estratégia de convencimento, se converte em poderoso aliado (PRADO, 2015).

Independente da valoração que se faça sobre o instituto da delação premiada, fato é que ele está consolidado no ordenamento jurídico pátrio a partir de determinados requisitos legais que devem ser observados para sua validade. O caput do artigo 4^a da Lei 12.850/13 dispõe que o juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até dois terços a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal.

que a prevêem. Não é, pois, um caso de *Lex specialis derogat generali*. O que inspira a indigitada regra é a necessidade de maior cuidado e preocupação com o risco de erro judiciário, quando a fonte de prova é um co-imputado. E isso não é diferente se o agente colaborador participa de organização criminosa, de tráfico de drogas, de lavagem de dinheiro ou de crime contra o sistema financeiro nacional”. (BADARÓ, 2015, p. 453).

O Ministério Público poderá, ainda, deixar de oferecer denúncia se o colaborador não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a prestar efetiva colaboração, numa manifesta referência ao princípio da oportunidade que, neste caso, possui previsão legal.

Cumprindo observar, também, que no Brasil, o juiz não participa da elaboração do acordo de colaboração. Existem sistemas de justiça negocial, como é o caso do alemão, em que o julgador participa da negociação do consenso⁹. Não é o caso do Brasil. O legislador brasileiro preferiu um modelo que preserve a imparcialidade do juiz. Badaró trás uma reflexão importante sobre o tema ao afirmar:

O juiz não deve presenciar ou participar das negociações da delação, porque eventual fracasso destas implica a desconsideração de todos os seus termos – inclusive da eventual confissão do réu que pode integrar a proposição inicial. Caso o julgador presencie os atos prévios à delação, não conseguirá descartar mentalmente os elementos dos quais tomou conhecimento, mesmo que a delação não ocorra e os atos de negociação sejam descartados. A participação do juiz em tal acordo colocará em risco a sua imparcialidade objetiva (BADARÓ, 2015, p. 454).

O acordo de colaboração, portanto, se dá entre o delegado de polícia e o investigado ou entre o Ministério Público e o investigado ou acusado, sempre na presença de seu defensor. Ao juiz, caberá a homologação do acordo, verificando o atendimento aos pressupostos legais. Para este fim, a lei estabelece que o juiz poderá, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor.

Se não entender estarem presentes os requisitos legais para elaboração do consenso, poderá o juiz recusar a homologação ou adequá-la ao caso concreto. Neste ponto, a lei não é clara de que modo caberá ao magistrado conduzir à adequação do acordo, uma vez que, em determinadas situações, pode-se entender que influenciaria nos termos da colaboração, prejudicando, assim, sua imparcialidade.

Cumprindo observar que, caso o colaborador se retrate da proposta, o seu conteúdo e as provas autoincriminatórias que vier a produzir não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor.

Importante disposição legal se encontra no parágrafo 16 do artigo. 4º, ao vedar sentença condenatória que tenha como único fundamento as declarações do delator. Vasconcellos afirma que, fosse o contrário, teríamos um retorno à já

⁹ Brandalise explica que, no sistema alemão, acordos na justiça criminal podem acontecer “apenas entre o juiz e o arguido e seu defensor, sem uma participação mais ativa do Ministério Público” (BRANDALISE, 2016, p. 93).

superada visão da confissão do acusado como a “rainha das provas” (VASCONCELLOS, 2015, p. 119-120). Já Badaró¹⁰ entende que o valor probatório da delação deva ser atenuado. Pereira (2013), por sua vez, afirma que quando identificado no caso concreto o preenchimento dos requisitos da colaboração e tendo a mesma contribuído para a elucidação dos fatos, o autor passa a ter direito subjetivo à concessão do benefício, não podendo o magistrado ignorá-lo no momento do estabelecimento da pena.

Na fundamentação da sanção, portanto, o juiz deverá apontar as motivações que o levaram a definir os prêmios possíveis atribuídos ao delator em face da extensão de sua contribuição, nos termos do parágrafo 11, artigo 4º da Lei 12.850/13.

Insiste-se, neste ponto, nos requisitos de validade para conformação da colaboração premiada apontados anteriormente quando da análise de questões genéricas da justiça criminal negocial: (I) voluntariedade do acusado, que não pode ser coagido à firmar o acordo; (II) informação suficiente para tomada de uma decisão racional e presença de um defensor em todos os momentos da negociação; (III) adequação da proposta à acusação apresentada.

Por fim, cumpre ressaltar que, diferentemente do que ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo – nas quais somente é possível a aplicação de pena restritiva de direitos ou multa – na colaboração premiada é permitida a negociação de pena privativa de liberdade em qualquer fase do processo, inclusive durante a execução. Isso permite que o acordo de colaboração seja utilizado como instrumento de coação contra o réu, sobretudo quando ele se encontra enclausurado.

É essa uma das críticas recorrentes, por exemplo, à denominada “Operação Lava-jato”, na qual respeitadas juristas identificam a utilização das prisões preventivas como instrumento de pressão para delação. Critica-se também a aplicação de regimes prisionais diferenciados, sem qualquer relação com a quantidade de pena aplicada. São críticas oportunas, que devem ser levantadas no momento em que o tema está em acalorada discussão no Congresso Nacional, com vistas a se buscar o aprimoramento contínuo do instituto da colaboração e, principalmente, debater a sua compatibilidade ou não com o ordenamento jurídico pátrio.

¹⁰ Como afirma o autor: “Entre negar qualquer valor probatório à delação premiada, de um lado, ou dar-lhe valor pleno, de outro, é possível adotar um caminho intermediário: admitir a delação premiada, mas com valor probatório atenuado” (BADARÓ, 2015, p.457).

CONCLUSÃO

Uma vez analisada a experiência de posituação da justiça criminal negocial no direito pátrio, restam-se ainda algumas reflexões necessárias. A possibilidade de antecipação de uma sanção a um acusado ainda é tema polêmico no debate jurídico não apenas no Brasil, mas em vários outros países. Mesmo nos EUA, onde o modelo negocial prevalece sobre o processo penal ordinário – tido, neste ponto, como aquele onde todos os direitos da defesa são assegurados – as críticas são persistentes.

Entende-se que é preciso manter a prudência que o tema exige. Não se pode avaliar a negociação da sentença criminal apenas do ponto de vista da economia processual ou de uma suposta eficiência. Justiça eficiente não se confunde com aquela que mais condena. Não raras são as vezes em que este modelo decreta condenações injustas¹¹. Quando um investigado, indiciado ou réu em um processo penal se vê diante de um sistema judicial falho, fica naturalmente suscetível a aceitar a pena proposta diante do receio de uma sentença desproporcional mais adiante.

Nos últimos anos, têm sido frequentes as denúncias de acusações ou prisões preventivas impostas como instrumento de pressão sobre o acusado para a concretização de acordos de colaboração. Em artigo de 2005, Geraldo Prado (2015) opina que “jogar o peso da pesquisa dos fatos nos ombros de suspeitos e cancelar, arbitrariamente, a condição que todas as pessoas têm, sem exceção, de serem titulares de direitos fundamentais, é trilhar o caminho de volta à Inquisição”. Ou, como afirma Aury Lopes Jr. (2017, p. 785): “Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao ‘negócio’”.

Não se deixa de reconhecer, neste ponto, que mesmo o rito penal ordinário também possui falhas e pode ensejar condenações injustas. Mas, como alerta Vasconcellos (2015, p. 168-169), “é inegável a redução racional de riscos com o respeito ao devido processo penal”. Não se deve aceitar, portanto, a alegação de que a ampliação das possibilidades de barganha é um destino inexorável do sis-

¹¹ Em sua pesquisa, Vasconcellos trás exemplos de condenações desproporcionais obtidas a partir da barganha que foram, posteriormente, ratificadas pela Suprema Corte norte-americana: “1) em *North Carolina vs. Alford*, confirmou-se a *pleabargaining* diante do aceite do acusado, mas sem o seu reconhecimento da culpa, ou seja, ainda que tenha se declarado inocente, pois, se optasse pelo julgamento, poderia ser condenado à morte (portanto, aceitou o acordo alegando ser inocente, sob a coação de que, se não o fizesse, poderia ser condenado à morte); e, 2) em *Bordenkircher v. Hayes*, aceitou-se uma barganha que impôs pena de cinco anos de prisão pelo crime de emissão de um cheque falso referente à quantia de U\$88,30, pois, em razão de uma lei desproporcional que possibilitava a condenação à prisão perpétua para réus reincidentes, o acusado foi ameaçado pelo promotor, uma vez que, se exercesse seu direito ao julgamento, seria denunciado e julgado por um júri com base na referida lei” (VASCONCELLOS, 2015, p. 91-92).

tema judicial brasileiro. Deve-se adequar as propostas de modernização do processo penal ao contexto nacional, sob pena de prejudicar direitos fundamentais que todos possuem em um processo penal democrático.

Cumpra observar, inclusive, que a promessa de efetividade e celeridade advinda desse modelo ainda não se revelou, na prática, satisfatória. Os índices de criminalidade no país não recuam e as varas judiciais seguem abarrotadas. Como já alertado anteriormente, não se pode depositar no judiciário as soluções para a criminalidade no país.

É forçoso reconhecer, por outro lado, que, a depender das circunstâncias, para além das vantagens que a barganha oferece para o acusador público, também o acusado pode ser beneficiado pelo instituto. Se bem executada, nos termos da atual legislação brasileira, o consenso pode contribuir para atenuar o sofrimento que um longo processo, naturalmente, confere ao réu ou investigado, bem como lhe oferecer a possibilidade de receber uma pena mais benéfica.

Questão polêmica que ainda se impõe diz respeito à seletividade da política criminal brasileira nas opções de adoção do modelo da negociação no processo penal pátrio. Repare-se que ele serve à expansão do direito penal material. Muitos das condutas tipificadas nos delitos contemplados pelos juizados especiais criminais poderiam ser prontamente descriminalizadas, por apresentarem, nas palavras de Aury Lopes Jr. (2017), mínima relevância social. Por essa razão, inclusive, o professor gaúcho insere esse sistema no “movimento de banalização do Direito Penal e do processo penal” (LOPES JUNIOR, 2017, p. 783-784).

Tome-se, neste ponto, o exemplo da restrição ao recurso que existe na experiência dos juizados especiais, uma das garantias da defesa suprimidas nesse modelo. Ainda em 1996, Dalmo Dallari já alertava:

É interessante observar que, até agora, nenhum processualista brasileiro afirmou ou sequer sugeriu que existe o risco de injustiças pelo fato de, nesses casos, não caber recurso para uma instância superior. Não seria razoável concluir que o silêncio sobre o assunto se deva ao fato de que as decisões, no caso dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, referem-se a questões de reduzido valor econômico ou de pequena complexidade e por isso as eventuais injustiças são consideradas irrelevantes. Para um jurista autêntico, qualquer injustiça é importante e deve ser evitada ou corrigida. Ao que parece, portanto, existe consenso no sentido de que simples possibilidade de revisão das decisões, mesmo que por juízes do mesmo grau, é aceita como garantia suficiente de que os Juizados Especiais não cometerão injustiças inquestionáveis (DALLARI, 1996, p. 103).

Na outra ponta, a experiência da colaboração premiada no Brasil tem se voltado para processos onde existe um perfil muito específico de acusado, não alcançando, de modo geral, aqueles que não dispõem de vastos recursos financeiros para sua defesa técnica, nem os crimes responsáveis por sobrecarregar o sistema carcerário do país.

Quer-se demonstrar com isso que o caminho para a superação dos problemas do sistema judicial brasileiro não é simples e não se localiza em apenas uma única solução mágica. Quando se afirma ser inviável o aumento expressivo de membros do Poder Judiciário ou do Ministério Público para dar conta da carga processual hoje em curso no país, corre-se o risco de subtrair do poder público sua responsabilidade na garantia de um processo penal democrático. Esse é um direito fundamental do cidadão e um limitador necessário do poder punitivo estatal. Cabe recuperar, portanto, as funções precípuas do processo.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PEREIRA, Frederico Valdez. *Delação premiada – Legitimidade e procedimento*. Curitiba: Juruá, 2013.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório – A conformidade constitucional das Leis Processuais Penais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- _____. *Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual*. Artigo publicado em 17/05/2015 pelo portal “Empório do Direito”. Acessado em 17/04/2018. Disponível através do link: <http://emporiiododireito.com.br/backup/da-delacao-premiada-aspectos-de-direito-processual-por-geraldo-prado/>
- STRECK, Lênio Luiz. *Decisão de segundo grau esgota questão de fato? Será que no Butão é assim?* Artigo publicado em 22/03/2018 pelo portal “Consultor Jurídico”. Acessado em 17/04/2018. Disponível através do link: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-22/senso-incomum-segundo-grau-esgota-questao-fato-butao-assim>
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

**O DIREITO À ALIMENTAÇÃO ESCOLAR COMO GARANTIA
DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DESDOBRAMENTO
DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA**

***THE RIGHT TO SCHOOL FEEDING AS A GUARANTEE OF THE
DIGNITY OF THE HUMAN PERSON AND AS AN UNFOLDING
OF THE HUMAN RIGHT TO ADEQUATE ALIMENTATION***

Thais Xavier Ferreira da Costa

Servidora pública estadual. Auditora Estadual de Controle Externo e Chefe de Gabinete no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul. Foi coordenadora do Trabalho de Conclusão do Curso da Faculdade Estácio de Sá e professora do curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá. Especialista na área do Direito Público, exercendo a docência nas disciplinas de Monografia I e II. Premiada em 2010, por estar entre os professores com melhor avaliação pelos discentes. Especialista em Direito do Estado e Relações Sociais pela Universidade Católica Dom Bosco e Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá.

Jose Sebastião de Oliveira

Pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (1984). Graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito de Maringá (1973). Atualmente é professor do Instituto Catuaí de Ensino Superior, professor da graduação, pós-graduação lato sensu e pós-graduação stricto sensu (mestrado) do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), coordenador do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) e membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, sociedade científica do Direito no Brasil.

Submetido em: 07/03/2018

Aprovado em: 19/06/2018

DOI: <http://dx.doi.org/10.21671/rdufms.v4i1.5655>

Resumo: A presente pesquisa aborda o direito à alimentação escolar, como meio de manter a própria vida, que é o maior bem jurídico de um ser humano. Delimita-se o tema no estudo da realização desse direito como meio de efetiva garantia da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à alimentação adequada. Objetiva-se demonstrar o caráter social que a alimentação

escolar assume no Brasil. A pesquisa foi realizada por meio de levantamentos bibliográficos acerca do tema e do estudo dos diplomas legais que regem e norteiam a tratativa dos direitos humanos e fundamentais. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, partindo de premissas teóricas passíveis de conclusão acerca da problemática levantada. O método histórico foi empregado para compreensão dos institutos nos moldes atuais, fornecendo elementos para verificação da evolução dos direitos fundamentais e da atuação do Estado em favor da proteção desses direitos.

Palavras-chave: Alimentação Escolar. Dignidade da Pessoa Humana.

Abstract: *The present research deals with the right to school feeding as a means of maintaining one's life, which is the greatest legal asset of a human being. The theme is delimited in the study of the realization of this right as a means of effectively guaranteeing the dignity of the human person and the fundamental right to adequate food. The objective of this study is to demonstrate the social character of school feeding in Brazil. The research was carried out through bibliographical surveys about the subject and the study of the legal diplomas that govern and guide the treatment of human and fundamental rights. The method of approach used was the deductive, starting from theoretical premises that can be concluded about the problematic raised. The historical method was used to understand the institutes in the current molds, providing elements to verify the evolution of fundamental rights and the State's action in favor of the protection of these rights.*

Keywords: *School Feeding. Public policy. Dignity of human person.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Fome, direito à alimentação e dignidade da pessoa humana. 2.1. Fome e desnutrição. 3. Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e direitos da personalidade. 4. A alimentação escolar como desdobramento do direito fundamental à alimentação adequada. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O direito à alimentação escolar, regulamentada no Programa Nacional de Alimentação Escolar, como desdobramento do direito humano à alimentação adequada e resguardo da dignidade da pessoa humana é a delimitação da pesquisa que se propõe para o presente estudo.

É cediço que as políticas públicas, instrumentos de efetivação dos direitos fundamentais consubstanciados na Constituição Federal de 1988, alicerçam-se em dois momentos históricos: na construção da Teoria dos Direitos da Personalidade, e posteriormente, do Estado do Bem Estar Social (*Welfare State*). Verifica-se, então, a incumbência do Estado na garantia dos direitos fundamentais, reputados hoje como elementos integrantes da dignidade da pessoa humana.

Dentre essa gama de direitos elencados na CF/88, o estudo abordará o direito à alimentação escolar (arts. 6º e 208, inc. VII), analisando a política pública desenvolvida sob a ótica do caráter social assumido pela alimentação escolar. A matéria está disciplinada pela Lei n.11.947/2009, que instituiu o Programa Nacional de Alimentação Escolar, e, dentre outras disposições, caracteriza o re-

passee voluntário e parcelado da verba, por meio do Fundo Nacional de Educação, trazendo em seu bojo definições, objetivos e critérios de inclusão em suas diretrizes, nos moldes que estabelece o seu art. 2º.

Justifica-se a escolha do tema no fato de que merenda escolar é uma questão social no Brasil, pois é realidade de muitas crianças frequentarem a escola na expectativa de fazer uma refeição, que em parte das vezes, é a única que elas têm no dia. Atrelado a isso, tem-se que a questão da alimentação está diretamente relacionada ao desenvolvimento físico e mental e, via de consequência, influencia no processo de aprendizagem.

Portanto a importância da nutrição escolar no contexto social do Brasil e as constantes notícias e divulgações acerca da má qualidade da prestação de merenda escolar, evidenciam a relevância de estudar cientificamente o tema, pesquisando suas deficiências e possíveis soluções.

Diante das abordagens realizadas, apresenta-se a seguinte problemática: no desempenho de suas competências, como o direito à alimentação escolar, pode servir de instrumento para garantia da dignidade da pessoa humana?

Objetiva-se com a pesquisa evidenciar a importância da efetivação do direito à alimentação escolar, com o cumprimento das diretrizes do Programa Nacional de Alimentação Escolar sob os preceitos teóricos do cenário social brasileiro. Para alcance do objetivo proposto, almeja-se especificamente, estudar o papel do Estado diante à concretização dos direitos fundamentais; encontrando espaço para estudar os aspectos históricos, políticos, sociais e legais que permeiam a matéria.

Falar de merenda escolar no contexto brasileiro implica em falar da fome, e reconhecer que o assunto é também uma questão social. É levado a cabo, para tanto, as estatísticas acerca da fome e da desnutrição no país, destacando como o programa de alimentação escolar pode impactar no desempenho dos alunos beneficiários do programa.

A par desses subsídios de cunho sociológicos, passa-se à tratativa do direito à alimentação escolar como desdobramento do direito humano à alimentação adequada, amparado no Princípio da Dignidade da Humana, ressaltando novamente a relevância do estudo do tema.

2 FOME, DIREITO À ALIMENTAÇÃO E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Abordar o programa nacional de alimentação escolar, remete o estudo a uma fase antecessora de relevante compreensão para o desenvolvimento da política pública em comento: a importância da alimentação para o ser humano. Para tan-

to, o estudo partirá de um breve delineamento da existência da alimentação na história da humanidade, dando sequencia para a abordagem sociológica, ou seja, destacar que merenda escolar no Brasil, é antes de qualquer coisa, uma questão social, pois ao lado da alimentação, caminha a fome:

Discutir comida/alimentação implica considerar outra categoria inseparável do ato de comer, notadamente quando se trata da população mais pobre: a fome. Através do levantamento de dados inicial, pude compreender que a aproximação dos significados da merenda não poderia acontecer sem referência à problemática da fome (BEZERRA, 2009).

A alimentação sempre esteve presente na vida da humanidade, desde o início dos tempos, “por milênios, vagaram os predecessores do homem, o próprio homem e seus descendentes, perscrutando a face da terra, em busca de alimento” (ABREU *et al*, 2001). Foi na busca de alimentos que se fixou na história um legado filogenético de experiências, surgindo o cultivo de cereais e de condimentos, este último, com grande significado para a história alimentar, pois foi o sabor que desenvolveu a arte de comer e a de beber.

Enquanto na antiguidade clássica a disseminação do uso de diferentes tipos de alimentos entre os continentes se deve muito ao comércio e à introdução de plantas e animais domésticos em novas áreas; os séculos infaustos da Idade Média retrocederam às práticas primitivas, verificando-se apenas uma lenta evolução nos meios de produção dos alimentos, principalmente pelo fato de que os tempos foram marcados pela fome e propagação de pragas e doenças (GARCIA, 1995).

Na idade contemporânea a alimentação é marcada pelo domínio da natureza e pela evolução científica, destacando-se: o aparecimento de novos produtos; a renovação de técnicas agrícolas e industriais; as descobertas sobre fermentação; a produção do vinho, da cerveja e do queijo em escala industrial e o beneficiamento do leite; os avanços na genética permitiram sua aplicação no cultivo de plantas e criação de animais; a mecanização agrícola; e ainda o desenvolvimento dos processos técnicos para conservação de alimentos.

Não obstante a alimentação ser objeto de estudos e preocupações desde a Antiguidade, a partir do século XIII que se desenvolveu o estudo científico do tema:

O desenvolvimento científico do assunto, bem como os problemas de alimentação enfrentados durante a Primeira Guerra, contribuíram para que se percebesse a importância do tema, encarado, desde logo, como um “problema” relacionado às questões sociais, econômicas e até de se-

gurança nacional. Nos países – centrais ou periféricos – em que havia um mínimo de “desenvolvimento industrial”, o tema adquire posição de destaque (BARROS; TARTAGLIA, 2003, p. 117).

Trata-se a alimentação, portanto, de um fator primordial para a existência humana, e faz parte da rotina diária do ser humano desde o seu nascimento com o aleitamento materno. E se alimentação esteve presente, a fome acompanhou essa história:

A fome – eis um problema tão velho quanto a própria vida. Para os homens, tão velho quanto a humanidade. E um desses problemas que põem em jogo a própria sobrevivência da espécie humana, a qual, para garantir a sua perenidade, tem que lutar contra as doenças que a assaltam, abrigar-se das intempéries, defender-se dos seus inimigos. Antes de tudo, porém, precisa dia pós dia, encontrar com que subsistir – comer. E esta necessidade, é a fome que se encarrega de lembrá-la (CASTRO, 1984, p. 02).

Sobre a caracterização da fome, uma das mais recorrentes e cruéis violações à dignidade da pessoa humana, explica Alexandra Bourlen (2008, p. 15):

A fome não é mais identificada, na atualidade, com a carência absoluta de alimentos capaz de provocar a morte. A ausência de quaisquer dos nutrientes indispensáveis à vida humana com qualidade é considerada fome.

Em que pese a alimentação escolar não se tratar de um programa social, devendo o combate à fome ser desenvolvido por políticas públicas direcionadas, entende-se que a merenda escolar cumpre importante papel suprimindo a fome no período de aula, especialmente considerando que o Brasil, embora auto suficiente em produção agrícola, a desnutrição por fome ainda possui índices significativos.

2.1 FOME E DESNUTRIÇÃO

No Brasil, a alimentação esteve atrelada às questões sociais e econômicas no curso do tempo, e os primeiros trabalhos científicos concluíram o que o senso comum já revelava: que a fome era uma realidade no país. Os resultados desses trabalhos, (nominados inquéritos¹, e que abordavam a questão alimentar por meio da

¹ Segundo Coimbra: “O que esses inquéritos, e os inúmeros que se lhes seguiram, tinham de característico era a forma de medir; avaliar e quantificar as carências alimentares, a partir de um amplo e minucioso esquadramento das dietas e da participação da alimentação nas despesas. Com elas, a nutrologia dava um passo decisivo no Brasil, como havia acontecido em outros países, pois confirmava, com o arsenal de sua ciência, o que todos já sabiam, que o povo vivia mal e passava

análise do orçamento familiar e o perfil de consumo alimentar), serviram para subsidiar a política salarial. A instituição do Salário Mínimo, pela Lei 185 de 14/01/36, regulamentada pelo Decreto 399 de 30/04/38 “considerava que ele deveria garantir, entre outros itens, uma ração essencial mínima, teoricamente capaz de prover o aporte nutricional necessário ao trabalhador” (LABBATE, 1988).

O problema da fome e da desnutrição passa a ser assunto amplamente debatido², já que o Brasil destacou-se por décadas como um dos países em que a fome atinge de forma endêmica as grandes massas. Tal situação pode ser atribuída ao sistema de colonização e ainda, ao fato de que se desenvolveu no país a agricultura extensiva para exportação, ao invés de uma agricultura intensiva de subsistência, que mataria a fome da população (CASTRO, 1984, p. 263-265).

Mas não era só isso. Além da discussão da reforma agrária no país, primeiramente concebida para promover o desenvolvimento industrial sem sacrificar demasiadamente a economia, entrou em pauta a discussão de aspectos atrelados ao capitalismo, evidenciando as distorções do sistema, onde a fome é fruto da acumulação do capital, conforme observa Marilena Chauí (2003, p. 93):

O Brasil ocupa o terceiro lugar mundial em índice de desemprego, gasta por volta de 90 bilhões de reais por ano em instrumentos de segurança privada e pública, ocupa o segundo lugar mundial nos índices de concentração de renda e de má distribuição de riqueza, mas ocupa o oitavo lugar mundial em termos de Produto Interno Bruto. A desigualdade na distribuição de renda – 2% possuem 98% da renda nacional, enquanto 98% possuem 2% dessa renda (...). Em outras palavras, a sociedade brasileira está polarizada entre a carência absoluta das camadas populares e o privilégio absoluto das camadas dominantes e dirigentes.

Reitera-se, portanto, o caráter social que a alimentação assumiu no Brasil, até se consolidar em políticas públicas, com marco em pesquisas realizadas na área da nutrição por Josué de Castro, conforme destaca Jullyane de Oliveira Maia Lemos e Patrícia Moreira (2013, p. 378):

fome, mas fazia com uma linguagem nova, emprestada do laboratório e por ele sacramentada” (COIMBRA, 1982).

² Conforme elucida Domene: “Medidas de combate à fome e à desnutrição foram estudadas por diversos autores, que se dedicaram a registrar a história das políticas nacionais na área de alimentação e nutrição (Musgrove, 1990; Vasconcelos, 2005) e o impacto de programas específicos, como o Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE) (Mazzilli, 1987; Spinelli & Canesqui, 2002; Ometto et al., 2003) ou o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) (Burlandy & Anjos, 2001; Veloso & Santana, 2002; Savio et al., 2005), entre outros de menor duração”. In: DOMENE, Semíramis Martins e outros. *Experiências de políticas em alimentação e nutrição*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n60/a14v2160.pdf>>. Acesso em 29 de agosto de 2017.

Em uma perspectiva histórica, observa-se que o problema da fome entra na agenda política brasileira a partir de Josué de Castro – um dos maiores intelectuais brasileiros no tema da alimentação e da nutrição. Josué de Castro afirmava que a fome e a má alimentação e nutrição não são fenômenos naturais, mas sociais e, portanto, somente por meio de ações sociais e coletivas, como a implantação progressiva de políticas públicas de segurança alimentar e nutricional, poder-se-ia transformar em realidade o direito humano universal à alimentação.

Nesse sentido, comenta o doutrinador Dirceu Pereira Siqueira (2015, p. 37):

Certamente a fome é um dos problemas sociais mais graves entre os que assolam o mundo, em especial os países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil. Trata-se de uma das mais recorrentes e perniciosas violações da vida digna do ser humano.

E nesse sistema, o Brasil lutou ano pós ano para combater a fome e a desnutrição, e alçou bons resultados: segundo a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura (FAO), o Brasil é um dos 25 países que conseguiram reduzir pela metade o número de pessoas desnutridas nas últimas duas décadas: “Entre os períodos de 2000-2002 e de 2004-2006, a redução percentual no número de pessoas que passam fome foi pela metade, de 10,7% para menos de 5%.”³

Nesse cenário, ganhou destaque o Programa Fome Zero, criado em 2003 pelo Governo Federal, que segundo o Diretor da FAO, José Graziano da Silva “inspirou a criação de iniciativas de combate à fome na América Latina e no Caribe, a partir da constatação de que apenas o aumento da produção de alimentos não é suficiente para acabar com a fome”⁴.

Dentre as políticas de atuação no combate a fome, foram ações implementadas pelo Governo Federal: Bolsa Família; Programa Nacional de Alimentação Escolar - PNAE; Distribuição de Cestas de Alimentos para Grupos Populacionais Específicos; Promoção de Hábitos de Vida e de Alimentação Saudável; Rede de Equipamentos Públicos e Serviços de Alimentação e Nutrição – Redesan; Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT; Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional – Sisan; Sistema de Vigilância Alimentar e Nutricional – Sisvan; Promoção de Aleitamento Materno e de Práticas Alimentares Adequadas na Infância; Programas Nacionais de Suplementação de Vitamina A e Ferro.⁵

³ Segundo dados extraídos de: <http://www.dw.com/pt-br/n%C3%BAmero-de-desnutridos-no-brasil-caiu-pela-metade-diz-fao/a-17925687>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

⁴ Segundo dados extraídos de: <http://www.dw.com/pt-br/n%C3%BAmero-de-desnutridos-no-brasil-caiu-pela-metade-diz-fao/a-17925687>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

⁵ Segundo dados extraídos de: <http://bolsa-familia.info/fome-zero.html>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

O Programa Nacional de Alimentação Escolar é sem dúvida, um dos programas de representatividade no combate à fome, como enfatizou a então Ministra do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Tereza Campello: “só com o programa de merenda escolar, o país oferece hoje refeições a 43 milhões de alunos da rede pública. Isso significa alimentar mais do que toda população da Argentina diariamente nas escolas e creches”⁶.

Mas apesar do significativo progresso no que diz respeito aos índices de desnutrição⁷, o Brasil ainda tem 3,4 milhões de pessoas que passam fome⁸ diariamente, segundo a FAO. A incidência entre crianças de 0 a 5 anos foram objeto de divulgação pelo Ministério da Saúde, e coloca a questão como um problema social que necessita de permanente atenção.

A base da pesquisa utilizou como fonte dados do IBGE, oportunidade em que o Brasil contava com aproximadamente 18 milhões de crianças nessa faixa etária⁹, com a seguinte distribuição:

NORTE	1.195.885
NORDESTE	5.521.688
SUL	2.243.676
SUDESTE	6.736.385
CENTRO-OESTE	1.457.315

Os dados demonstram que aproximadamente 13% das crianças entre 0 e 5 anos possuem estatura muito baixa ou baixa para idade. Já em relação ao peso

⁶ Segundo dados extraídos de: <http://www.dw.com/pt-br/n%C3%BAmero-de-desnutridos-no-brasil-caiu-pela-metade-diz-fao/a-17925687>. Acesso em 28 de agosto de 2017.

⁷ Outras deficiências nutricionais que apresentam importância epidemiológica no País são: anemia ferropriva - decorrente da carência de ferro. Dependendo da localização regional, apresenta uma prevalência entre 19,3 a 46,9% na população brasileira; bócio endêmico - resultante da deficiência de iodo na alimentação. A prevalência média é 1,3%, e as maiores incidências são observadas no Mato Grosso, Goiás, Minas Gerais e Acre; hipovitaminose A, que - ocorre pela deficiência de vitamina A na alimentação. As maiores prevalências são observadas nas Regiões Nordeste e Sudeste, principalmente no Vale do Jequitinhonha (Minas Gerais) e no Rio de Janeiro (CONSEA, 2004, p. 10).

⁸ Sobre fome e desnutrição: “Um parêntese: a criança que está na escola pode estar com fome. Porém, aí, é uma outra discussão. Neste assunto, é necessário separar quando se fala em fome e quando se fala em desnutrição, pelo que está implícito no discurso sobre cada uma. A fome, como já dissemos, é uma necessidade primária e quando não atendida pode interferir na disponibilidade da pessoa para qualquer atividade. Uma criança com fome está menos disponível para brincar, para correr, para aprender, inclusive. Satisfeita a necessidade básica, a criança apresenta-se com todo seu vigor, novamente. A fome não deixa sequelas, não altera a anatomia, não é irreversível. Alimentada a criança, cessam todos os efeitos da fome, e a criança estará disponível para aprender o que lhe for ensinado”. (MOYSES; COLLARES, 1995, p. 51).

⁹ Segundo dados extraídos de: <https://observatoriocrianca.org.br/cenario-infancia/temas/populacao/675-projecao-da-populacao-segundo-faixas-etarias?filters=1,891>. Acesso em 29/08/2017

(baixo ou muito baixo), atingem 4,2% das crianças na referida faixa etária. Em relação às regiões, a região Norte desponta com o maior número de crianças com peso baixo e muito baixo para a idade, seguida pela região Nordeste, Centro-Oeste, Sudeste e Sul. O mesmo ocorre na relação altura e idade, reflexos da carência alimentar no desenvolvimento do ser humano como uma consequência primária: as crianças são mais baixas e magras por falta de alimentação, fenômeno que já era explicado por Josué de Castro (1984, p. 13):

A desnutrição é responsável pela alta taxa de mortalidade infantil e pela evasão escolar: menos de 10% dos alunos matriculados no primeiro ano atingem a oitava série do ensino fundamental. A desnutrição é causada pela falta de alimentos, dificuldades econômicas e desconhecimento dos princípios de alimentação balanceada. Uma criança de quatro anos da classe A (isto é, das camadas ricas da população, lembro eu), diz a revista, é em geral, 9,19 centímetros mais altas que uma da classe B (isto é, das camadas populares, lembro eu) e seu peso é superior.

Além do peso e da altura, ainda na fase primária, a desnutrição apresenta outras consequências que interferem na vida e na formação do ser humano. Segundo dados do CREN, são recorrentes quadros infecciosos e anemia entre as crianças com desnutrição moderada em tratamento: “cerca de 80% tiveram pelo menos um episódio infeccioso no último mês, e, entre aquelas com desnutrição grave, essa prevalência subiu para cerca de 90%. Além disso, 60% tinham parasitas. E outra ocorrência bastante comum é a anemia, constatada em 62% delas” (SAWAYA, 2006, p. 151).

Após a interrupção do crescimento físico, sobrevêm os estágios mais avançados, a desnutrição moderada, ou de segundo grau, fase em que a fome é de alta intensidade e os sinais clínicos são perceptíveis ao exame clínico e não havendo o tratamento nutricional, o desequilíbrio aumenta e advém a desnutrição grave, ou de terceiro grau “em que os sinais se acentuam e o comprometimento de todas as reações metabólicas é tão intenso que o risco de morte é iminente” (MOYSES; COLLARES, 1995, p. 39).

Na fase da desnutrição grave, já existe prejuízo para a anatomia do cérebro, cuja caracterização exige a presença de três condições simultâneas: como dito, a intensidade deve ser grave (ou de terceiro grau), a época de incidência deve ocorrer com a fase de maior velocidade de crescimento do cérebro e a duração deve ser longa, ou seja, incidir durante a maior parte do crescimento. Neste caso, podem ocorrer quatro tipos de alterações anatômicas: “a) redução de peso, tamanho e volume do cérebro; b) redução do número de células; c) redução na

quantidade de mielina¹⁰; d) alterações na concentração de algumas enzimas” (MOYSES; COLLARES, 1995, p. 44).

A correlação desnutrição e fracasso escolar possui duas perspectivas a serem avaliadas: no caso da desnutrição grave no início da vida, a criança raramente chega à escola, pois é letal no primeiro ano de vida; havendo sobrevivência, a desnutrição grave prejudica as funções cognitivas mais complexas. É fato que a desnutrição influencia diretamente no processo de aprendizagem, sendo uma das causas biológicas que mais atrapalham o desempenho escolar:

Do mesmo modo que *todos* referem causas centradas na criança, *todos* referem problemas biológicos como causas importantes do não-aprender na escola. Na opinião destes profissionais, os problemas de saúde das crianças constituem uma das principais justificativas para a situação educacional brasileira. Dentre os problemas citados, merecem destaque a desnutrição, referida por todos, tanto da educação como da saúde, e as disfunções neurológicas, referidas por 92,5% das 40 professoras e 100% dos 19 profissionais de saúde (médicos, psicólogos e fonoaudiólogos) (MOYSES, COLLARES, 1997).

Nesse contexto, insere-se no debate a importância da merenda escolar como fator social em um país com crianças desnutridas e/ou passando fome, e ainda, como elemento importante no processo de aprendizagem, pois “enquanto a desnutrição grave provoca lesões no sistema nervoso, a fome é, ao contrário, uma situação transitória, ou potencialmente transitória, que não provoca lesões irreversíveis, mas que dificulta a realização de qualquer atividade do ser humano” (ABREU, 1995, p. 9).

É fato que a merenda não pode erradicar a desnutrição, este é um problema que não será sanado enquanto persistirem as desigualdades sociais, mas pode, em um primeiro momento, matar a fome do dia:

O caso da desnutrição é ilustrativo: apontada durante décadas como a grande causadora desses índices, sabemos hoje que é preciso relativizá-la, não como fato inaceitável que atinge tantas crianças brasileiras, mas como obstáculo à sua escolaridade. Pesquisas médicas já comprovaram que as crianças atingidas com mais severidade pela falta de proteínas e calorias nos primeiros anos de idade não estão em número significativo dentro das escolas. Se aos dados sobre desnutrição jun-

¹⁰ Mielina é uma substância rica em lípidos e que envolve, como uma bainha isolante, os axônios (ramificações do neurônio, que ligam uma célula a outra, através das sinapses), facilitando a transmissão dos impulsos nervosos.

tarmos as estatísticas de mortalidade infantil nos anos pré-escolares, entenderemos que as crianças brasileiras pobres que atingem os sete anos de idade e ingressam na escola são sobreviventes, num sistema social perverso, que conseguiram se alimentar o suficiente para não ter seu sistema nervoso lesado. São muitas as estratégias usadas pelas famílias mais pobres para garantir o alimento necessário: o consumo da “barrigada”, mencionado pelas mulheres da Vila Helena, ouvidas por Sylvia Leser de Mello (1988), é só um exemplo. O que justifica a manutenção da merenda é a necessidade de sanar a fome momentânea dessas crianças, tanto mais presente na população escolar, quanto mais o país afunda na recessão e no desemprego (PATTO, 1992).

Não se pode olvidar, que discutir teoricamente que a merenda escolar deve ser algo encarado naturalmente porque as crianças sentirão fome no período em que estão na escola, foge da realidade do Brasil, onde a política pública de alimentação escolar, em face da pobreza e da miséria de significativos contingentes da população, assume inquestionavelmente contornos sociais, pois “cresce o número de crianças que vão à escola em jejum e que se alimentam em casa com uma papa de água com farinha. Para muitos alunos das escolas brasileiras, a merenda é sua única refeição diária” (ANDRADE, 2009).

Essa realidade, de política pública que faz frente também no combate à fome é evidenciado pelo compromisso que o Brasil firmou com a Organização das Nações Unidas¹¹:

Devido à sua magnitude, o PNAE mostra-se de grande importância para o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), compromisso assumido pelo Brasil junto à Organização das Nações Unidas (ONU), sobretudo os dois seguintes:

- Objetivo 2 - Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;
- Objetivo 4 - Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos.

A merenda escolar no Brasil não pode assumir caráter suplementar, seja sob o viés nutricional, seja na perspectiva de matar a fome do dia, pois é evidente que permanecendo na escola meio período do dia a criança sentirá fome. Insere-

¹¹ Segundo dados extraídos de: <http://portal.tcu.gov.br/main.jsp?lumPageId=8A8182A25B4A7A-25015B5E1770516ECC&previewItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1AA2BB0&lumItemId=8A8182A25B4A7A25015B5E21D1CD2BB4>. Acesso em 31 de agosto de 2017.

-se a discussão da alimentação escolar, como uma função social da escola, e não dissociada das suas atividades de educação, devendo o caráter compensatório ser combatido por uma política que reconheça a merenda como um direito e a assuma como parte integrante da educação da criança, reivindicando um serviço de alimentação que, além suprir a fome, inevitável para qualquer criança que permaneça mais de quatro horas na escola, atenda às necessidades específicas e ao mesmo tempo, promova a educação alimentar.

Denota-se, portanto, que a análise do Programa Nacional de Alimentação Escolar, perpassa, necessariamente pelas breves considerações de questões sociais, aqui colocadas para reflexão de que a merenda escolar assume, dentre outros papéis, o de garantia da dignidade da pessoa humana em formação, sendo o direito à alimentação escolar um desdobramento do direito fundamental à alimentação adequada.

3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE

Há diversos relatos que vislumbram o nascedouro da ideia de indivíduo e de grupos humanos atrelados ao que se convencionou chamar de civilização. Os integrantes do grupo eram considerados “homens” e os que se encontravam à margem tinham outras designações que mencionavam o “outro” como uma espécie animal diferente (COMPARATO, 2011, p. 24). Passados mais de 25 séculos, a partir de meados do Século XX, pela nova leitura que fazem das declarações internacionais os tribunais europeus e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (SZANIAWSKI, 2005, p. 117), adotou-se uma nova concepção sobre a tutela dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Na Alemanha, tendo como base a promulgação da Lei Fundamental de Bonn, de 23 de maio de 1949, que em seu art. 1º declara ser intangível a dignidade do homem e no art. 2º reconhece que todos têm direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana, a doutrina pôs-se a desenvolver a teoria do direito geral de personalidade, contrapondo-se ao modelo da teoria tipificadora e fracionada, pois, por falta de previsão legal, deixavam de ser tutelados inúmeros atentados praticados contra a personalidade, além de os autores incluírem em suas classificações direitos que não possuíam natureza de direitos da personalidade, causando assim grande confusão dogmática (SZANIAWSKI, 2005).

A “crise do direito civil”, que culminou com a repersonalização e a constitucionalização do direito civil, contribuiu para a afirmação da teoria do direito geral de personalidade também na doutrina italiana, sendo um de seus adeptos o jurista Pietro Perlingieri, que confirma a sua aplicação ao analisar a própria

constituição italiana (PERLINGIERI, 1999, p. 155). Os fundamentos do direito geral de personalidade partem da análise dos próprios elementos fundamentais da personalidade humana, que, segundo Hubmann, constitui-se da dignidade, da individualidade e da pessoalidade.

A dignidade humana localiza o ser humano no plano universal e, em virtude de sua natureza, proporciona a criação cultural, a realização de valores éticos e a sua auto edificação; a individualidade torna o ser humano um todo indivisível, que evolui espiritual e moralmente ao longo de sua existência; e a pessoalidade se realiza com a interação do indivíduo com a sociedade, afirmando-se como ser individual em sua autoimagem e seus valores pessoais.

Assim, entende o jurista que deve ser outorgada a todas as pessoas uma cláusula geral de proteção, que lhes dê uma ampla e geral proteção de sua personalidade contra toda ameaça ou violação, seja oriunda do poder público ou do particular, não se devendo exigir uma necessária positivação dos direitos da personalidade em tipos legais (HUBMANN, 2005, p. 114-116)¹². Conforme observa Elimar Szaniawski (2005, p. 117), a:

[...] atuação direta e imediata da norma internacional dos Direitos do Homem, combinada com a auto-aplicabilidade da norma constitucional, permitiu ao direito europeu superar a dicotomia do direito em direito público e privado e afastar a suposta necessária positivação dos direitos de personalidade em tipos legais, outorgando a todas as pessoas uma ampla e geral proteção de sua personalidade.

Assim, pela ordem jurídica internacional (supranacional) se realiza a tutela à personalidade humana de maneira ampla, salvaguardando a sua dignidade, sendo suas principais fontes a Declaração Universal dos Direitos do Homem, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e a 17ª Convenção de Haia, de 1993, entre outras; e a na ordem nacional (interna) têm-se como principais fontes as Constituições de cada Estado e, eventualmente, as legislações infraconstitucionais.

A teoria da cláusula geral de personalidade, portanto, contribui para o desenvolvimento da personalidade humana e encontra-se aberta ao desenvolvimento da sociedade como um todo e aos avanços da tecnologia (SZANIAWSKI, 2005, p. 117-118), pois resguarda direitos não tipificados pela legislação, em face da existência de uma regra de tutela abrangente que possibilita o seu reconhecimento sem a necessidade de proteção formal.

¹² Neste sentido também dispõe Paulo Luiz Netto Lôbo, em “Danos morais e direitos da personalidade”. Revista trimestral de Direito Civil. ano 2, v. 6. abr-jun 2001. p. 85.

E para se tratar de direitos fundamentais, é necessário destacar a presença de três elementos: o Estado, o indivíduo e o texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduo. O Estado, enquanto poder centralizado e capaz de impor decisões, é o elemento, sem o qual, a proclamação de direitos fundamentais carece de relevância prática, seja para sua garantia e cumprimento entre os indivíduos, seja como limitador do próprio poder do Estado. O indivíduo, enquanto ser moral, independente, autônomo e sujeito de direitos, e que possibilita o reconhecimento dos direitos individuais. E o texto normativo que formalmente declara e garante determinados direitos fundamentais, constituindo a força vinculante que se sobrepõe a interferências estatais e individuais (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 23-24).

Robert Alexy também ensina que as Constituições assumem posição basilar uma vez que o significado das normas de direitos fundamentais depende de sua fundamentalidade formal, que decorre da sua posição no ápice da estrutura jurídica, e da fundamentalidade substancial que decorre da sua materialidade com que a tomada de decisões se dará sobre a estrutura normativa básica do Estado (ALEXY, 2008, p. 262).

No Brasil, a Constituição Federal absorveu a teoria do direito geral de personalidade e da fundamentalidade dos direitos fundamentais na redação dada ao inc. III do art. 1º, que consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a *dignidade da pessoa humana*, concedendo unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerentes às personalidades humanas. Nesse sentido, os juristas José Sebastião de Oliveira e Mariângela Pennacchi (OLIVEIRA, 2008, p. 3684) lecionam que os direitos da personalidade se fundamentam no valor conferido à pessoa humana pelo texto constitucional: dignidade da pessoa humana.

Não menos ousado é afirmar que a dignidade da pessoa humana encartada na Constituição Federal constitui-se em um princípio fundamental que estrutura a disciplina e a interpretação de todas as outras normas, sendo um conceito supremo, que não está coordenado com outros nem é de outros derivado, porquanto se encontra no vértice da pirâmide jurídica conceitual (NOGUEIRA, 2006).

Muito embora a Constituição Federal não faça menção expressa a uma cláusula geral de tutela da personalidade, como ocorre nas constituições alemã e italiana, pelo preceito acolhido no art. 1º, inc. I, que representa um sobreprincípio ou um princípio-matriz, não se pode negar que se tenha adotado uma cláusula geral, um direito geral de personalidade que represente um princípio fundamental para a ordem jurídica brasileira. Observa Gustavo Tepedino (1999, p. 47-48) que:

Assim, é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar múltiplos direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade. A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, §2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte. Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Caio Mario da Silva Pereira (2017, p. 240) também reconhece que a Constituição brasileira enuncia direitos e garantias individuais e coletivos, que o legislador tem de proteger e assegurar, além de consagrar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Ensinam Cristiano Chaves de Freitas e Nelson Rosenvald (2006, p. 108) que:

Não há dúvida quanto à impossibilidade de previsão taxativa (*numerus clausus*) dos direitos da personalidade. Muito pelo contrário. Constituem uma categoria elástica, compreendida ampla e concretamente, a partir do quadro evolutivo do homem, integrado em suas mais variadas atividades (físicas, psíquicas, sociais, culturais, intelectuais...). É preciso, pois, compreendê-los a partir de uma cláusula geral que assegure proteção plena e eficaz à pessoa humana, permitindo que novos e eventuais valores incorporados à personalidade não estejam carentes de tutela jurídica. Aliás, na velocidade em que se operam as novas descobertas

científicas e tecnológicas e considerando o estágio evolutivo da ciência, é mister afirmar um direito geral de personalidade, de modo a salvar a tutela da pessoa humana.

Se por um lado a legislação contempla a proteção de um número restrito de direitos da personalidade, por outro, a cláusula geral permite que haja tutela de outros tipos socialmente reconhecidos e apreensíveis pelo intérprete, ainda que não expressamente tutelados, pois “o fato de não estar mencionado na Constituição ou no Código Civil não significa que não exista, ou que não goze de proteção legal” (MONTEIRO, 2016, p. 96-97).

Portanto, conforme bem leciona Paulo Luiz Netto Lobo (2001, p. 85), significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil e; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral. A classificação, levando-se em consideração a tipicidade aberta, permite que nela se incorporem os direitos tipificados pela legislação e, de igual forma, os que somente guardam proteção pela cláusula geral de tutela.

Assim, do princípio da dignidade da pessoa humana vislumbram-se, na Constituição Federal em seu Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, vários desdobramentos que revelam expressamente os direitos da personalidade, a iniciar-se pelo caput do art. 5º, que consolida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade.

No entanto, tais direitos de personalidade, que Elimar Szaniawski denomina de direitos especiais de personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 144), não se revelam apenas no art. 5º da Constituição Federal. Há outros direitos e princípios que podem ser considerados como desdobramentos do princípio da dignidade da pessoa humana (ou tendo este como fundamento), como é o caso do direito à alimentação escolar.

Assim, pode-se afirmar que tal direito insere-se no sistema de proteção na configuração legal brasileira, que é misto, pois se realiza por intermédio da cláusula protetora da personalidade constitucional e pelos direitos de personalidade tipificados pela legislação constitucional e infraconstitucional, não havendo incompatibilidade entre a tipicidade aberta e a cláusula geral de tutela.

Dentro do contexto de direitos sociais, a dignidade é a parametrização do mínimo necessário para a existência humana:

Dessa forma a dignidade deve sempre ser vista como um mínimo, mínimo este que sem ela a pessoa não tem uma vida justa e humana que possa buscar o progresso. Dentro dos direitos da dignidade encontram-se a se-

gurança, a saúde a educação entre outros direitos que cabem ao estado assegurar à sociedade (direitos estes que estão positivados no artigo sexto da Constituição que estão interligados ao artigo 225), são os direitos sociais justo com os ideais de justiça (LIMA JUNIOR; FERMENTÃO, 2012, p. 328/329).

Nessa perspectiva, destaca-se a alimentação como um direito social fundamental, dentro do mínimo existencial para o ser humano, sendo dever do Estado o desenvolvimento de políticas públicas na garantia do que ficou nominado como direito à alimentação adequada.

4 A ALIMENTAÇÃO ESCOLAR COMO DESDOBRAMENTO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA

O direito à alimentação constou em diversos textos constitucionais brasileiros, oscilando seu grau de importância. Na Constituição de 1824, considera-se a alimentação inserida no direito à saúde (tutelado no artigo 179), por entender-se que a boa saúde depende de uma alimentação adequada. A Constituição de 1891 não trouxe avanços, mas manteve a redação dos direitos sociais. A Constituição de 1934 trouxe a abertura para o reconhecimento do direito à alimentação, pois assegurou ao cidadão o direito de prover a subsistência de sua família e determinou como auxílio subsidiário a alimentação aos alunos carentes. Nas Constituições de 1937, 1946 e 1967 não houve avanços, permanecendo o direito à alimentação sem previsão expressa, mudando a situação apenas com a promulgação da CF/88, que consagrou a proteção à dignidade da pessoa humana (SIQUEIRA, 2015, p. 45).

Entretanto, o direito à alimentação foi inserido no texto constitucional pela Emenda n. 64/2010, que alterou o art. 6^o¹³ da Constituição Federal de 1988, fazendo sua inclusão no rol dos direitos sociais, encontrando arrimo, ainda, no princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, reconhecido no rol dos direitos inalienáveis e imprescritíveis dos direitos fundamentais, e consubstanciado em vários documentos internacionais¹⁴, sobretudo na Declaração dos Direitos

¹³ Art. 6^o São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

¹⁴ Sobre a alimentação na tutela internacional, sintetiza o doutrinador Dirceu, que “Por esses e tantos outros fatores o tema (alimentação) sempre esteve presente nos debates internacionais, merecendo por certo tal preocupação. Alguns instrumentos em nível internacional merecem maior atenção, dentre tantos existentes, de modo que nos limitaremos à análise dos seguintes: Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) – nesse momento interessante ainda observar a Recomendação Geral 12 – quanto ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (O direito à alimentação

do Homem (1948)¹⁵, sendo dever do Estado o combate a fome e promover políticas públicas que garantam a segurança alimentar e nutricional do indivíduo, conforme previsão do art. 2º da Lei de Segurança Alimentar (Lei n. 11.346, de 15 de setembro de 2006), *in verbis*:

Art. 2º A alimentação adequada é direito fundamental do ser humano, inerente à dignidade da pessoa humana e indispensável à realização dos direitos consagrados na Constituição Federal, devendo o poder público adotar as políticas e ações que se façam necessárias para promover e garantir a segurança alimentar e nutricional da população.

A disciplina da questão da segurança alimentar na referida lei é abrangente, contemplando, nos moldes estabelecidos pelo art. 4º, a disponibilidade, o acesso e a adequação alimentar, permeando questões como a sustentabilidade, biodiversidade e acesso à informação, decorrendo daí várias diretrizes de políticas públicas voltadas para a segurança alimentar, e via de consequência, garantia do direito fundamental à alimentação adequada e resguardo da dignidade da pessoa humana.

Nesse cenário, destaca-se o direito à alimentação escolar, como um desdobramento do direito humano à alimentação adequada, inserindo-se no ordenamento jurídico pátrio no art. 208, inc. VII da Constituição Federal de 1988, participando de leis específicas sobre o tema.

Então, a fundamentalidade material e formal do direito fundamental à alimentação escolar encontram-se presentes por toda Constituição Federal, e por consequência, por todo Ordenamento Jurídico, à luz dos novos vetores interpretativos impõe-se a chamada *eficácia dirigente*, que expressa a obrigatoriedade do Estado em dar a sua eficiente proteção e aplicabilidade determinando uma *agenda* de políticas públicas composta por tarefas, fins e programas (CASTRO, 2015, p. 101-102).

CONCLUSÃO

O surgimento dos Estados modernos ocidentais adotaram o modelo constitucionalista como garantidor da própria governabilidade e autonomia entre

adequada - Art. 11) - Genebra (1999); Declaração de Roma Sobre a Segurança Alimentar Mundial, de 13 de novembro de 1996, Protocolo de San Salvador de 16 de novembro de 1999 e a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio+20)" (SIQUEIRA, 2015, p. 57).

¹⁵ "Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle" (ONU, 1948).

os Poderes. Além da estruturação interna do Estado e das regras gerais de seu funcionamento, o Constituinte de 1988 optou por reconhecer diversos direitos e atribuir deveres e competências a fim de garanti-los.

Nessa perspectiva, o direito à alimentação escolar encontra-se inserido no arts. 6º e 208, inc. VII da CF/88, estando amparado, ainda, pela teoria geral do direito da personalidade e na essencialidade dos direitos fundamentais consagrados na redação do inc. III do art. 1º, a *dignidade da pessoa humana*.

Destarte, o direito à alimentação escolar como direito fundamental e direito da personalidade encontra-se inserido na teoria do mínimo existencial e da dignificação da pessoa humana, diretamente ligado ao pleno desenvolvimento da pessoa, o que permite, portanto, uma conexão direta deste direito ao direito da personalidade.

A fundamentalidade do direito à alimentação escolar no texto constitucional decorre da visão de cidadania e do estado democrático. A pessoa natural é preparada no ambiente cultural e social para o seu pleno desenvolvimento e para o exercício da cidadania, sendo que a violação desse direito diminui sua potência de existir perante seus iguais e co-responsáveis por seu tempo

É preciso reconhecer que o Programa Nacional de Alimentação Escolar é uma das frentes do combate à fome no Brasil, e, em que pese ter sido concebido para suprir as necessidades nutricionais de um dia letivo (aproximadamente 4 horas), ele se traduz em um importante instrumento para crianças que encontram na merenda escolar a única alimentação do dia.

Desde o seu nascimento, na década de 50, a merenda escolar foi concebida como forma de redução das carências nutricionais das crianças, sempre evidenciando a situação de miséria da maior parte da população brasileira e o caráter social assumido pelos programas, situação que persiste até os dias atuais. Essa realidade é reafirmada pelos compromissos que o Brasil firmou com a Organização das Nações Unidas, inserindo no PNAE o cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, dentre eles o de acabar com a fome, garantir a segurança alimentar e a melhoria da nutrição das crianças beneficiárias do programa.

A Lei do PNAE representou um avanço nas Políticas Públicas, pois reconheceu no direito à alimentação escolar, valores ligados à dignificação da pessoa humana e à sustentabilidade, condicionando a administração pública ao cumprimento e aplicação eficiente para concreção constitucional dos valores que promovem o indivíduo. Além disso, o caráter vinculativo da verba repassada pela União aos Estados e Municípios garante que a destinação dos recursos seja exclusivamente para alimentação escolar, não podendo o administrador público

utilizar para qualquer outro fim. Portanto, o direito à alimentação escolar encontra-se amparado de forma plena pela CF/88 e pelos demais diplomas normativos, possuindo amparo legislativo para concretizar uma política pública que resguarde a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Edeli Simioni de; VIANA, Isabel Cristina; MORENO, Rosymaura Baena; TORRES, Elizabeth Aparecida Ferraz da Silva. Alimentação mundial: uma reflexão sobre a história. *Rev. Saude soc.* [online]. 2001, vol.10, n.2, pp.3-14. ISSN 0104-1290. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902001000200002>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.
- ABREU, Mariza. Alimentação escolar: combate à desnutrição e ao fracasso escolar ou o direito da criança e ato pedagógico? *Revista Aberto*, Brasília, v. 15, n. 67, jul./set. 1995.
- ALEXY, Robert (trad. Virgílio Afonso da Silva). *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Adelina S. da Silva. A produção da merenda escolar no Brasil: descentralização da gestão e a alimentação da criança como função da escolar. *Anais. IV Jornada Internacional de Políticas Públicas*, 2009. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/11_educacao/a-producao-da-merenda-escolar-no-brasil-o-papel-dos-conselhos-de-alimentacao-escolar-1993-2000.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2017.
- BARROS, Maria Sylvia Carvalho. TARTAGLIA, José Carlos. A política de alimentação e nutrição no Brasil: breve histórico, avaliação e perspectivas. *Alimentação e Nutrição*, v. 14, n. 01, 2003, p. 109-121.
- BEZERRA, Arimatea Barros. Alimentação e escola: significados e implicações curriculares da merenda escolar. *Revista Brasileira de Educação*, v. 14 n. 40, jan/abr. 2009.
- BOURLLEN, Alexandra. *Direito humano à alimentação adequada no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.
- CASTRO, José Ricardo Parreira de. *Ativismo de contas*. Rio de Janeiro: JAM Jurídica, 2015.
- CASTRO, Josué de. *Geografia da fome – o dilema brasileiro: pão ou aço*. 10 ed. Rio de Janeiro: Edições Antares, 1984.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. 29ª ed. São Paulo: Brasiliense, 2003.
- COIMBRA, Marcos Antônio e outros. *Comer a aprender: uma história da alimentação escolar no Brasil*. Brasília: INAE/MEC, 1982.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A 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.
- FREITAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 5. ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- GARCIA, Rosa Wanda Diez. Notas sobre a origem da culinária: uma abordagem evolutiva. Campinas. *Rev. Nutr. PUCCAMP* 8(2):231-44, 1995. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-12902001000200002>>. Acesso em 25 de agosto de 2017.

HUBMANN, Heinrich. *Das Persönlichkeitsrecht*. Köhln: Böhlau, 1967 apud SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LABBATE, Solange. As políticas de alimentação e nutrição no Brasil: I. Período de 1940 a 1964, *Rev. Nutr. PUECCAMP*, Campinas, v.1, n.2, p.87-138, jul.-dez. 1988.

LEMOS, Jullyane de Oliveira Maia. MOREIRA, Patrícia Vasconcelos Leitão. Políticas e programas de alimentação e nutrição: um passeio pela história. *Revista Brasileira de Ciência e da Saúde*, v. 17, n. 4, 2013, p. 377-386.

LIMA JUNIOR, Paulo Gomes de. FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. A eficácia do direito à dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar Mestrado*, v. 12, n. 01, 2012, p. 328/329.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista trimestral de Direito Civil*, v. 6, abr-jun 2001.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*, v. 1. 45ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOYSÉS, Maria Aparecida Afonso; COLLARES, Cecília Azevedo Lima. Aprofundando a discussão das relações entre desnutrição, fracasso escola e merenda. *Revista Aberto*, Brasília, v. 15, n. 67, jul./set. 1995.

MOYSES, Aparecida Afonso. COLLARES, Cecília Azevedo Lima. Inteligência abstraída, crianças silenciadas: as avaliações de inteligência. *Psicologia USP*, v. 8, n. 1, São Paulo, 1997.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. *Notas para um ensaio sobre a dignidade da pessoa humana*. Teresina-PI, jun 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8668>>. Acesso em: 09 de outubro de 2017.

OLIVEIRA, José Sebastião de; PENNACCHI, Mariângela. Os direitos da personalidade em face da Constituição. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*. Brasília, 2008.

PATTO, Maria Helena Souza. A família pobre e a escola pública: anotações sobre um desencontro. *Psicologia USP*, v. 3, p. 107-121, 1992.

PEREIRA, Caio Mario da Silva (atualizado por Tânia da Silva Pereira). *Instituições de direito civil: direito de família*, v. 5. 25ª ed. Clássicos Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional* (tradução de Maria Cristina De Cicco). Rio de Janeiro: Renovar, 1999

SAWAYA, Ana Lydia. Desnutrição: consequências em longo prazo e efeitos da recuperação nutricional. *Estudos Avançados*, v. 20, n. 58, 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Teoria geral do direito à alimentação*. 1. ed. Birigui: Boreal, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

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 arábicos, 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 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; 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.