



Revista Interdisciplinar de Direito
Faculdade de Direito de Valença

v. 17, n. 1, 2019

Autores

Alena Kárpava
Alexandre de Castro Catharina
Ana Lúcia Tavares Ferreira
Ana Paula Teixeira Delgado
André R. C. Fontes
Antônio Augusto Cançado Trindade
Diogo Oliveira Muniz Caldas
Edna Raquel Hogemann
Egor Bagrín
Felippe Borring Rocha
Guilherme Sandoval Góes
Horácio Monteschio
Reis Friede

Editar
Juiz de Fora-MG
2019

Presidente da Fundação Dom André Arcoverde

Dr. José Rogério Moura de Almeida Filho

Diretor Geral do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Acadêmico do Centro de Ensino Superior de Valença

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto

Diretor da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Antônio Celso Alves Pereira

Diretor Adjunto da Faculdade de Direito de Valença

Prof. Dr. Cleyson de Moraes Mello

Conselho Editorial

Prof. Dr. Antônio Pereira Gaio Júnior (Membro Externo – UNIPAC – Juiz de Fora/MG)

Prof. Dr. Augusto Zimmermann (Membro Externo – Murdoch University – Murdoch – Austrália)

Prof. Dr. Carlos Frederico Mares de Souza Filho (Membro Externo – PUC-PA – Curitiba/PA)

Profa. Dra. Claudia Ribeiro Pereira Nunes (Membro Externo Instituto de Ensino Superior de Rondônia)

Prof. Dr. Jorge O. Bercholz (Membro Externo – UBA – Argentina)

Prof. Dr. José Rogério Moura de Almeida Neto (CESVA – Valença/RJ)

Prof. Dr. Maurício Jorge Pereira da Mota (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Profa. Dra. Maria Cristina Vidotte Blanco Tarrega (Membro Externo – UFG – Goiânia/GO)

Profa. Dra. Maria Goretti dal Bosco (Membro Externo – UFF – Niterói/RJ)

Profa. Dra. Martha Asunción Enriquez Prado (Membro Externo – UEL – Londrina/PR)

Prof. Dr. Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho (Membro Externo – USP – São Paulo/SP)

Profa. Dra. Núria Bellosso Martín (Membro Externo – Univ. Burgos – Espanha)

Prof. Dr. Rafael Mario Iorio Filho (Membro Externo – UNESA – Rio de Janeiro/RJ)

Prof. Dr. Sebastião Marcelice Gomes (Membro Externo – UFAM – Manaus/AM)

Prof. Dr. Silvano Peloso (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Sonia Netto Salomão (Membro Externo – Univ. degli Studi di Roma “La Sapienza” – Roma – Itália)

Prof. Dr. Tomás Prieto Alvarez (Membro Externo – Univ. Burgos – Buenos Aires – Argentina)

Prof. Dr. Valfredo de Andrade Aguiar Filho (Membro Externo – UFPB – Campus I – João Pessoa/PB)

Profa. Dra. Vânia Siciliano Aieta (Membro Externo – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença / Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – ano 1, n. 1. (maio /1998). Juiz de Fora: Editar Editora Associada Ltda, 1998.

Publicação semestral

Continuação de: Revista da Faculdade de Direito de Valença.

ISSN: 1518-8167

1. Direito – Periódico – Brasil. I. Fundação Educacional D. André Arcoverde. Faculdade de Direito – Brasil.

CDU: 34(81)(05)

A editora e os coordenadores desta obra não se responsabilizam por informações e opiniões contidas nos artigos científicos, que são de inteira responsabilidade dos seus autores.

Título	Revista Interdisciplinar de Direito
Título anterior	Revista da Faculdade de Direito de Valença
ISSN versão impressa	1518-8167
ISSN versão eletrônica	2447-4290
Linha editorial	A Revista FDV é generalista. Publica artigos sobre a dogmática das diversas áreas do direito, contribuindo para o engrandecimento da cultura jurídica nacional e internacional.
Tipos de trabalhos publicados	Artigos científicos, ensaios e jurisprudência nacional e internacional
Periodicidade	Semestral
Instituição	Centro de Ensino Superior de Valença
Endereço	Rua Sargento Vitor, 161 – Fátima
Cidade	Valença
Estado	Rio de Janeiro
Website	revistas.faa.edu.br/index.php/FDV
Ano de criação	1998 (impressa) 2009 (<i>on line</i>)
Classificação	Qualis B5 Direito; B4 Ciência Política e B4 Artigos interdisciplinares
Bases de dados nacionais	Diadorim, Sumários, LiVre/Revista de livre acesso, ,periodicos. CAPES
Base de dados internacionais:	Latindex, Directory of Open Access Journals (DOAJ), Elektronische Zeitschriftenbibliothek, Sherpa/Romeo, Directory of Research Journals Indexing (DRJI), OCLC WorldCat, Academic Resource Index Resear ch Bib, MIAR - Universitat de Barcelona, BASE, CiteFactor - Academic Scientific Journals, JURN, Google Scholar
Editor chefe	Rogério Tabet de Almeida
E-mail principal	revista.direito@faa.edu.br
E-mail alternativo	direito@faa.edu.br
Telefone	24-2453-0700

Autores

Alena Kárpava

Doctora en Paz, Conflictos y Democracia. Departamento de Pedagogía. Facultad de Ciencias de la Educación. Universidad de Granada/ESP. E-mail: akarpava@ugr.es

Alexandre de Castro Catharina

Doutor em Sociologia Jurídica pelo IUPERJ/UCAM. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Processual Civil (graduação e pós-graduação) da Universidade Estácio de Sá. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil. E-mail: alexandre.catharina@hotmail.com.br

Ana Lúcia Tavares Ferreira

Doutora em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Defensora Pública do Estado Rio de Janeiro. E-mail: analutferreira@gmail.com

Ana Paula Teixeira Delgado

Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Coordenadora Nacional dos Cursos de Pós-graduação *lato sensu* em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora integrante do Programa Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá. Professora de Direito Internacional e de Direitos Humanos dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Membro associado à *Law and Society Association* - LSA. Professora do Centro Universitário de Volta Redonda. E-mail: apaula_delgado@yahoo.com.br

André R. C. Fontes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo). E-mail: gabaf@trf2.jus.br

Antônio Augusto Cançado Trindade

Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-presidente da Corte Inter-americana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor *Honoris Causa* em diversas Universidades na América Latina, Europa, e Ásia; Membro Titular do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia, e do Institut de Droit International. E-mail: aacancadotrindade@yahoo.com.br

Diogo Oliveira Muniz Caldas

Doutor em Direito – Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com

Edna Raquel Hogemann

A autora possui doutorado em Direito pela UGF-Rio (2006) e pós-Doutorado em Direito pela UNESA – Rio (2015). É professora titular de História do Direito, na Universidade Estácio de Sá, professora adjunta de História do Direito e coordenadora do curso de Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Law & Society Association-EUA. E-mail: ershogemann@gmail.com

Egor Bagrín

PhD en Historia. Investigador de la Biblioteca Presidencial de Boris Yeltsin, Rusia. E-mail: egor-bagrín@yandex.ru

Felippe Borryng Rocha

Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professor de Direito Processual Civil. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: fborryng@gmail.com

Guilherme Sandoval Góes

Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. E-mail: guilherme.sandoval@terra.com.br

Horácio Monteschio

Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade – UNICESUMAR. Professor de Direito Administrativo e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor do UNICESUMAR – Curitiba. Especialista em Direito Imobiliário e Direito Processual Civil pela EPD; Processo Civil e Direito Público, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos; Direito Tributário, pela UFSC; Direito Administrativo, pelo IRFB; Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Integrante da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR desde 2006. Advogado. ex-Secretário de Estado da Indústria e Comércio e Assuntos do Mercosul do Estado do Paraná, ex-Secretário Municipal para Assuntos Metropolitanos de Curitiba. E-mail: h.monteschio@uol.com.br

Reis Friede

Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com. É autor do Livro *Teoria do Direito*.

Sumário

Apresentação José Rogério Moura de Almeida Filho	11
L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions Antônio Augusto Cançado Trindade	13
Historia de la migración transcultural y transnacional de la estrella de ocho puntas Alena Kárpava e Egor Bagrín	35
Agravo interno: reflexões sobre sua nova dimensão na dinâmica dos precedentes judiciais Alexandre de Castro Catharina	59
Mulheres e Encarceramento: evolução normativa para além da maternidade Ana Lúcia Tavares Ferreira	71
Apontamentos sobre a tutela jurídica dos migrantes venezuelanos no Brasil Ana Paula Teixeira Delgado	89
O pandectismo, direito subjetivo e interesse legítimo André R. C. Fontes	107
A liberdade de expressão, o direito ao esquecimento e a proteção da intimidade: uma análise jurídica dos conflitos na era digital Diogo Oliveira Muniz Caldas	119
Um olhar sobre a formação do Direito Civil no Brasil Edna Raquel Hogemann	137
A necessária reformulação do procedimento arbitral nos juizados especiais cíveis Felippe Borring Rocha	155

O neoconstitucionalismo na era do geodireito Guilherme Sandoval Góes	167
Evolução do sistema eleitoral e dos partidos políticos no Brasil Horácio Monteschio	189
As prisões brasileiras e a condição humana do encarcerado Reis Friede	215

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos à comunidade brasileira a edição da Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito. A produção científica que conforma esta obra coletiva tem como autores renomados juristas nacionais, bem como integrantes do corpo docente.

Convidamos todos à leitura.

Valença, 31 de março de 2019.

José Rogério Moura de Almeida Filho
Presidente da Fundação Educacional D. André Arcoverde

L'humanité comme sujet du droit international: nouvelles réflexions¹

Antônio Augusto Cançado Trindade²

Resumo

A humanidade como tal tem emergido como sujeito do Direito Internacional, coexistindo com outros sujeitos sem substituí-los. O princípio de humanidade permeia todo o *corpus juris* do Direito Internacional. Isso tem sido reconhecido na jurisprudência dos Tribunais Internacionais *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia e para Ruanda, destacando o sentimento de humanidade (*humaneness*), evidenciado quando a própria humanidade vê-se vitimada por crimes internacionais. De sua parte, as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos têm afirmado em sua jurisprudência os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da inalienabilidade dos direitos a ela inerentes. Quando se passa à expansão da personalidade jurídica internacional, tem-se em mente a humanidade (*humankind*), abarcando todos os integrantes do gênero humano como um todo, compreendendo, em uma dimensão temporal, as gerações presentes assim como futuras. A humanidade vem já marcando presença na doutrina jurídica internacional mais lúcida, no âmbito do novo *jus gentium* de nossos tempos.

Abstract

Humankind as such has emerged as a subject of International Law, coexisting with other subjects without replacing them. The principle of humanity permeates the whole *corpus juris* of International Law. This has been acknowledged in the case-law of the *ad hoc* International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda, singling out the feeling of humaneness, evidenced even when humanity itself is victimized by international crimes. On their part, the Inter-American and European Courts of Human Rights have asserted in their case-law the fundamental principles of the dignity of the human person and of the inalienability of the rights inherent to her. When one comes to the expansion of international legal personality, one bears in mind humankind, encompassing all the members of the human species as a whole, comprising, in a temporal dimension, present as well as future generations. Humankind has already been marking presence in the more lucid international legal doctrine, in the ambit of the new *jus gentium* of our times.

¹ Conférence délivrée par l'Auteur, dans la Faculté de Droit de l'Université d'Aix-en-Provence, France, le 30 octobre 2018.

² Juiz da Corte Internacional de Justiça (Haia); Ex-presidente da Corte Inter-americana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Doutor *Honoris Causa* em diversas Universidades na América Latina, Europa e Ásia; Membro Titular do Curatorium da Academia de Direito Internacional da Haia e do Institut de Droit International.

Resúmen:

La humanidad como tal ha emergido como sujeto del Derecho Internacional, coexistiendo con otros sujetos sin remplazarlos. El principio de humanidad permea todo el *corpus juris* del Derecho Internacional. Esto ha sido reconocido en la jurisprudencia de los Tribunales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda, destacando el sentimiento de humanidad (*humaneness*), evidenciado cuando la propia humanidad se ve victimada por crímenes internacionales. De su parte, las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos han afirmado en su jurisprudencia los principios fundamentales de la dignidad de la persona humana y de la inalienabilidad de los derechos a ella inherentes. Cuando se pasa a la expansión de la personalidad jurídica internacional, se tiene en mente la humanidad (*humankind*), abarcando todos los integrantes del género humano como un todo, comprendiendo, en una dimensión temporal, las generaciones presentes así como futuras. La humanidad ya viene marcando presencia en la doctrina jurídica internacional más lúcida, en el ámbito del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos.

I. Précision Préliminaire

Par plusieurs années j'accorde une attention particulière à la condition de l'humanité en tant que sujet de droit international. Ainsi, dans mon Cours Général de Droit International Public, délivré à l'Académie de Droit International de La Haye en 2005, j'ai consacré tout un chapitre à cette question³. À l'heure où nous nous rapprochons de la fin de la deuxième décennie du XXIème siècle, il me semble opportun de reprendre aujourd'hui, le 30 octobre 2018, ici à la Faculté de Droit l'Université d'Aix-en-Provence, mes réflexions sur ce sujet, à mon avis de grande importance pour le présent et le futur du droit international. Tout d'abord, soutenir, comme je le fais, que l'humanité est un sujet de droit international, ne signifie pas, en aucun cas, suggérer qu'elle se substituerait aux États.

Il faut, alors, commencer par une précision préliminaire. En l'état actuel du droit international, les États n'ont plus l'apanage de cette qualité de sujet de droit international; ils la partagent à présent avec les organisations internationales et les individus ou groupes d'individus, et les peuples. En plus, l'humanité elle-même, à mon avis, a accédé au statut de sujet de droit international. Ainsi coexiste-t-elle avec les États, sans se substituer à eux; réciproquement, les États ne peuvent plus considérer que le

³ E.g., dans mon Cours Général de Droit International Public, délivré en 2005 à l'Académie de Droit International de La Haye; cf. A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I», 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye [RCADI]* (2005) ch. XI, pp. 318-333.; et, plus récemment, A. A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2ème. éd. rév., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law, 2013, ch. XI, pp. 275-288.

droit international est au service de leurs propres intérêts et d'eux seuls. De fait, la volonté de servir les intérêts des États influe sur l'efficacité du droit international; mais les intérêts de tel ou tel Etat ne sauraient l'emporter sur ceux, généraux et supérieurs, de la communauté internationale dans les domaines qui la touchent directement (comme le désarmement, les droits de l'homme, protection de l'environnement, et l'éradication de la pauvreté, pour ne citer que ceux-là)⁴.

II. La Prise de Conscience des Intérêts Communs et Supérieurs de l'Humanité en tant que Telle.

L'expérience a montré que c'est lorsque les États et autres sujets de droit international ont bien considéré et fait prévaloir ces intérêts généraux que le droit international a pu progresser. On ne saurait nier que les avancées que le droit international a connues au cours des dernières décennies sont attribuables à la reconnaissance et à la consécration des intérêts généraux et supérieurs de l'humanité (dans des domaines comme le droit international des droits de l'homme, le droit international de l'environnement, le droit de la mer ou le droit de l'espace extérieur). Les États eux-mêmes ont contribué à ces progrès, chaque fois qu'ils ont fait passer les considérations élémentaires d'humanité et les intérêts généraux de l'ensemble de la communauté internationale avant leurs propres intérêts.

D'ailleurs, le but ultime du *jus cogens* consiste précisément à garantir la primauté des intérêts et des valeurs les plus fondamentales de la communauté internationale dans son ensemble. L'interdiction absolue qui pèse sur les violations graves des droits de l'homme indique, par exemple, comme M. Lachs l'a rappelé, que

«l'humanité, ou la communauté internationale, au fil de l'histoire, a estimé nécessaire de proscrire, une fois pour toutes, certains actes (...). Même les contestataires et les dubitatifs sont forcés de l'admettre, s'ils acceptent les prémisses élémentaires du droit et l'impérieuse nécessité de le faire évoluer»⁵.

Il est, en fait, certaines obligations internationales qui touchent à la sauvegarde des valeurs fondamentales de la communauté internationale

⁴ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1068, 1083 et 1094-1095.

⁵ M. Lachs, «The Development and General Trends of International Law in Our Time», 169 *RCADI* (1980) p. 205.

elle-même et qui sont distinctes des autres obligations internationales, d'où l'émergence de concepts tels que les obligations *erga omnes*, découlant du *jus cogens*, en droit international moderne⁶.

Pour apprécier le statut de l'humanité en tant que sujet de droit international, il ne suffit pas de définir et de proclamer ses intérêts communs et supérieurs. Il faut examiner le principe fondamental d'humanité et les considérations d'humanité élémentaires qui imprègnent aujourd'hui tout le *corpus juris* du droit international⁷ (en précisant certains concepts), les conséquences juridiques de l'accession de l'humanité au statut de sujet de droit international, l'applicabilité du régime des droits de l'homme et, enfin mais surtout, la question de la capacité d'agir de l'humanité et de sa représentation en justice.

III. La Reconnaissance du Principe Fondamental d'Humanité.

L'être humain doit, en toutes circonstances, être traité selon le *principe d'humanité*, qui imprègne tout le *corpus juris* du droit international, d'une manière générale, et du droit international humanitaire en particulier, qu'il soit de nature conventionnelle ou coutumière. Les actes qui, dans le cadre de certaines conventions ou de certains traités internationaux, ont été définis comme constitutifs de génocide ou de violation grave du droit international humanitaire étaient déjà prohibés par le droit international *général* avant l'entrée en vigueur de ces textes. L'on se rappellera par exemple ici, à ce sujet, que ledit principe d'humanité était universellement reconnu⁸. Selon un éminent philosophe du droit dont les enseignements demeurent d'actualité, «si les règles formelles ne l'étaient pas encore elles-mêmes, à tout le moins leur contenu était-il déjà en vigueur» avant que les atrocités du XX^e siècle ne soient perpétrées sous différentes latitudes ; en d'autres termes, G. Radbruch a-t-il ajouté,

⁶ La conception classique n'admettant qu'un régime unique et uniforme de responsabilité internationale ne correspond plus à l'état actuel de la question en droit international moderne : V. Starace, «La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale», 153 *RCADI* (1976) pp. 272-275, et cf. pp. 289, 297 et 308. Les crimes internationaux et les violations du *jus cogens* (qui sont des circonstances *aggravantes* de la responsabilité internationale) portent atteinte, de par leur gravité particulière, aux valeurs fondamentales de la communauté internationale tout entière.

⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part II», 317 *RCADI* (2005) ch. XVI-XXIII, pp. 19-171.

⁸ A cet égard, il a déjà été signalé qu'«on en vient de plus en plus à considérer que le droit international a pour mission d'assurer un minimum de garanties et d'humanité à tous les hommes, que ce soit en temps de paix ou en temps de guerre» ; J. Pictet, *Les principes du droit international humanitaire*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge, 1966, p. 28.

«ces règles répondent, de par leur teneur, à une loi suprême (...). C'est ainsi que, au sortir d'un siècle marqué par le positivisme juridique, cette idée ancienne d'une loi suprême renaît de ses cendres (...). Le moyen de régler de tels problèmes ressortait déjà implicitement de l'appellation qu'utilisaient jadis les philosophes du droit dans les universités et qui, après être resté inusitée pendant de nombreuses années, refait son apparition aujourd'hui: il s'agit du nom et du concept de *droit nature*»⁹.

Il convient de rappeler que le Tribunal pénal international *ad hoc* pour le Rwanda (TPIR) a fait remarquer à juste titre, dans l'affaire *Akayesu* (arrêt du 02 septembre 1998), que la notion de crime contre l'humanité avait déjà été reconnue bien avant que le Tribunal de Nuremberg ne le fasse lui-même (1945-1946). La clause dite de Martens y avait contribué (cf. *infra*) ; en fait, des textes d'incrimination analogues, désignant l'humanité comme victime, étaient apparus bien plus tôt dans l'histoire humaine¹⁰. Le TPIR a également signalé, dans l'affaire *Kambanda* (jugement du 4 septembre 1998), que, dans l'histoire humaine, le génocide avait de tout temps infligé d'immenses pertes à l'humanité, les victimes n'étant pas seulement les personnes massacrées mais aussi l'humanité elle-même (ce qui vaut aussi bien pour les actes de génocide que pour les crimes contre l'humanité)¹¹.

Nul ne peut nier que la condamnation des violations graves des droits de l'homme, actes de génocide, crimes contre l'humanité et autres atrocités était déjà gravée en substance dans la conscience humaine, bien avant que ces actes ne soient qualifiés ou leur condamnation codifiée sur le plan international, que ce soit dans la Convention contre le génocide de 1948 ou dans d'autres traités consacrés aux droits de l'homme ou au Droit international humanitaire. De nos jours, les crimes internationaux sont condamnés par le droit international général ainsi que par le droit international conventionnel. Cette évolution s'est faite sous l'impulsion de la conscience juridique universelle qui, à mes yeux, constitue la source matérielle ultime de tout droit¹².

⁹ G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho [Vorschule der Rechtsphilosophie]*, 3^e éd. espagnole, Mexique, Fondo de Cultura Económica, 1965, p. 180.

¹⁰ Paragraphes 565-565 de l'arrêt rendu en l'affaire *Le Procureur c. J.-P. Akayesu*.

¹¹ Paragraphes 15-16 de l'arrêt rendu en l'affaire *Le Procureur c. J. Kambanda*. Dans le même ordre d'idées, cf. les décisions du TPIR dans l'affaire *Akayesu* susmentionnée, ainsi que dans l'affaire *Le Procureur c. O. Serushago* (arrêt du 05 février 1999, par. 15).

¹² Cf., e.g., Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH), *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (arrêt sur le fond du 29 avril 2004), Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, par. 13 ; CIADH, *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*, Avis Consultatif n° 18 (du 17 septembre 2003), Opinion Concurrente du Juge A.A. Cançado Trindade, pars. 21-30.

Le droit international contemporain (qu'il soit d'origine conventionnelle ou de nature générale) se caractérise dans une large mesure par l'émergence et l'évolution de ses normes impératives (le *jus cogens*), et par une plus grande conscience, à une échelle universelle, de l'importance du principe d'humanité (cf. *infra*). Les violations graves des droits de l'homme et du Droit International Humanitaire, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, emportent violation d'interdictions absolues relevant du *jus cogens*¹³. Le sentiment d'humanité, propre au nouveau *jus gentium* du XXI^e siècle, a fini par imprégner tout le *corpus juris* du droit international moderne. J'ai qualifié cette évolution, notamment dans l'opinion concurrente j'ai jointe à l'avis consultatif n° 16 (du 1^{er} octobre 1999) de la Cour interaméricaine des droits de l'homme (CIADH) sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre des garanties du procès équitable*, dans le cours du processus historique vers une véritable *humanisation* du droit international¹⁴.

Dans son avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, la Cour internationale de Justice (CIJ) a appuyé la reconnaissance des principes sous-tendant cette Convention comme «obligant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel»¹⁵. Dans sa jurisprudence constante, la CIADH, lorsqu'elle a interprété et appliqué la convention américaine relative aux droits de l'homme, a systématiquement invoqué les principes généraux du droit¹⁶. La Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a fait de même lorsqu'elle a eu à interpréter et à appliquer la convention européenne des droits de l'homme¹⁷. Ceux de ces principes qui possèdent un caractère réellement fondamental forment l'assise de l'ordre juridique lui-même, traduisant le *droit*

¹³ Cf. A.A. Cançado Trindade, "*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*", in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OAS* (2008) pp. 3-29; et cf. M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd. rév., La Haye, Kluwer, 1999, pp. 210-211 (au sujet des crimes contre l'humanité).

¹⁴ Paragraphe 35 de mon Opinion Concurrente dans l'Avis Consultatif de la CIADH sur le *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable*.

¹⁵ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 23.

¹⁶ Cf., notamment, CIADH, *Cinq pensionnaires c. Pérou* (Arrêt du 28 février 2003), par. 156 ; CIADH, Avis Consultatif n° 17, *Condition juridique et droits de l'enfant* (du 28 août 2002), pars. 66 et 87 ; CIADH, Avis Consultatif n° 16, *Droit à l'information sur l'assistance consulaire dans le cadre du procès équitable* (du 01^{er} octobre 1999), pars. 58, 113 et 128. Pour une analyse, cf. A. A. Cançado Trindade, «La Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme et le droit international général», in *Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales* (eds. G. Cohen-Jonathan et J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59-71.

¹⁷ Cf. L. Caffisch et A. A. Cançado Trindade, «Les Conventions Américaine et Européenne des Droits de l'Homme et le droit international général», 108 *Revue générale de droit international public* (2004) pp. 5-62.

au Droit dont tous les ˆtres humains sont titulaires¹⁸. Dans le domaine du Droit international des droits de l'homme, les principes fondamentaux de la *dignité de la personne humaine* et de l'*inaliénabilité de ses droits naturels* relèvent de cette catégorie. Dans son avis consultatif n  18, sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers* (2003), la CIADH a renvoyé expressément à ces deux principes¹⁹.

Le but ultime du Droit lui-même, de l'ordre juridique, tant au niveau national qu'à l'échelle internationale, est de faire prévaloir le principe du respect de la dignité de la personne humaine. En vertu de ce principe fondamental, tout ˆtre humain a, en tant que tel, droit au respect (de son honneur et de ses convictions) quelles que soient les circonstances²⁰. Le principe de l'inaliénabilité des droits inhérents à l'ˆtre humain, lui, est considéré comme un postulat élémentaire qui sous-tend tout l'édifice du *corpus juris* du Droit international des droits de l'homme. Quant aux principes du Droit international humanitaire, d'aucuns ont soutenu de manière convaincante que les traités conclus en la matière représentaient dans leur ensemble l'expression et la mise au point de ces principes généraux, qui sont applicables en toutes circonstances et visent à garantir une meilleure protection aux victimes²¹.

Dans l'affaire *Muci  et consorts* (arrêt du 20 février 2001), la Chambre d'appel du Tribunal pénal international *ad hoc* pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a émis l'opinion que le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme «proc[ daient]» l'un et l'autre du souci de sauvegarder la dignité humaine, qui était à la base des règles humanitaires élémentaires formulées dans ces disciplines²². En fait, le principe d'humanité peut s'entendre de différentes manières. Premièrement, il peut ˆtre compris comme sous-tendant l'interdiction des traitements inhumains qui est établie à l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Deuxièmement, son application peut ˆtre déclenchée par référence à l'humanité dans son

¹⁸ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2 me.  d., tome III, Porto Alegre/Brésil, S. A. Fabris Ed., 2003, p. 524-525.

¹⁹ Paragraphe 157 de l'Avis Consultatif sur la *Condition juridique et droits des migrants sans papiers*. Dans l'opinion concurrente (pars. 1-89) que j'avais moi-même jointe à cet avis consultatif, j'avais exposé longuement et de manière détaillée ma propre conception du rôle fondamental et de la place centrale des principes généraux du droit dans tout système juridique (national ou international).

²⁰ B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

²¹ R. Abi-Saab, «Les 'principes généraux' du droit humanitaire selon la Cour Internationale de Justice», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1987, vol. 766, pp. 386 et 389.

²² Paragraphe 149 de l'arrêt rendu par la Chambre d'appel en l'affaire *Le procureur c. Zejnil Delali , Zdravko Muci  (alias 'Pavo'), Hazim Deli  et Esad Landžo (alias 'Zenga') (affaire  lebi i)*.

ensemble, s'agissant de questions présentant un intérêt commun, général et direct pour tous les hommes. Et troisièmement, ce principe peut être employé pour évoquer une qualité humaine (faire preuve d'humanité).

Dans l'affaire *Čelebići* (arrêt du 16 novembre 1998), la Chambre de 1^{ère} instance du TPIY avait qualifié de *traitement inhumain* l'action ou omission intentionnelle ou délibérée qui causait de graves souffrances (mentales ou physiques) ou constituait une atteinte grave à la dignité humaine: «les traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité ; ils constituent une catégorie dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les Conventions»²³. Par la suite, dans l'affaire *Blaškić* (arrêt du 03 mars 2000), le TPIY a réitéré cette position en 1^{ère} instance²⁴. Il a déjà été fait référence à la clause dite de Martens, dont l'importance peut être ici réaffirmée.

IV. Le Principe d'Humanité dans l'Ensemble du *Corpus Juris* de la Protection Internationale de l'Individu.

En toutes circonstances, le traitement accordé aux êtres humains doit respecter le *principe d'humanité*, qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de l'individu (englobant le Droit international humanitaire, le Droit international des droits de l'homme et le Droit international des réfugiés), sur le plan conventionnel et coutumier, aux niveaux international (Nations Unies) et régional. Le principe d'humanité sous-tend, en effet, les deux *observations générales*, n° 9 (de 1982, par. 3) et n° 21 (de 1992, par. 4) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, à l'article 10 du Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques (traitement humain de toutes les personnes privées de leur liberté)²⁵. Le principe d'humanité, généralement invoqué dans le domaine du Droit international humanitaire, s'étend donc également à celui du Droit international des droits

²³ Paragraphe 543 du jugement rendu en l'affaire *Čelebići*.

²⁴ Paragraphe 154 du jugement rendu en l'affaire *Le Procureur c. T. Blaškić*.

²⁵ En ce qui concerne l'affaire *A.S. Diallo* (Guinée c. R.D. Congo), tranchée par la CIJ (arrêt du 30.11.2010), j'ai estimé approprié de préciser, dans mon Opinion Individuelle, notamment, que le principe d'humanité sous-tend, par exemple, l'article 7 du Pacte international des Nations Unies relatif aux Droits Civils et Politiques, qui protège l'intégrité personnelle de l'individu contre les mauvais traitements, ainsi que l'article 10 dudit Pacte (relatif aux personnes en détention), qui commence par affirmer que «[t]oute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine» (par. 1). Cela comprend non seulement l'obligation négative de s'abstenir de tout mauvais traitement (article 7), mais également l'obligation positive de s'assurer qu'un détenu, sous la garde de l'État, est traité avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine (par. 98).

de l'homme. Et, comme le Comité des droits de l'homme l'a déclaré à juste titre dans son *observation générale* n° 31 (de 2004), «les deux domaines du droit sont complémentaires et ne s'excluent pas l'un l'autre» (par. 11).

Par loyauté envers ma propre conception, j'ai jugé nécessaire de développer quelques réflexions sur la base du principe d'humanité dans sa vaste dimension, dans de récentes décisions de la Cour Internationale de Justice (CIJ) (ainsi que, précédemment, de la CIADH). Je l'ai fait, au cours de ce dernier décennie, par exemple, dans mon Opinion Dissidente²⁶ dans l'affaire de l'*Obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal, demande en indication de mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009); dans mon Opinion Dissidente²⁷ dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (requête et demande reconventionnelle, Allemagne c. Italie, ordonnance du 6 juillet 2010); dans mon Opinion Individuelle concernant l'Avis Consultatif de la CIJ sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo* (du 22 juillet 2010)²⁸; dans mon Opinion Dissidente dans l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant, arrêt du 03 février 2012)²⁹; dans

²⁶ Paragraphes 24-25 et 61.

²⁷ Paragraphes 116, 118, 125, 136-139 et 179. Dans cette opinion dissidente détaillée, mes réflexions concernant le principe d'humanité sont établies notamment dans leur partie XII, sur les êtres humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et les pièges du volontarisme étatique (pars. 112-123), ainsi que, dans leur partie XIII, sur l'incidence du *jus cogens* (pars. 126-146), outre les conclusions (principalement les pars. 178-179).

²⁸ Dans l'Avis Consultatif de la CIJ sur la *Conformité au droit international de la déclaration d'indépendance du Kosovo* (du 22 juillet 2010), j'ai expressément consacré une section entière (XIII(4)) de mon Opinion Individuelle détaillée au «principe fondamental d'humanité» (pars. 196-211) dans le cadre du droit des gens proprement dit. J'ai estimé opportun de rappeler que les «pères fondateurs» du droit international (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) proposaient un *jus gentium* inspiré par le principe d'humanité au sens large (pars. 73-74). Mon Opinion Individuelle précitée contient mes réflexions personnelles portant sur des considérations fondamentales d'humanité dans le traitement des peuples selon le droit des gens (pars. 67-74); la partie VI, quant à elle, est centrée sur l'actualité du *droit des gens* et assortie d'une attention particulière consacrée à la vision humaniste de l'ordre juridique international (pars. 75-96); la partie XII met l'accent sur la place centrale des peuples dans le droit international contemporain (pars. 169-176), la partie XIV, sur une conception globale de l'incidence du *jus cogens* (pars. 212-217); et la partie XIII, sur les principes du droit international, le droit des Nations Unies et les fins humaines de l'Etat (pars. 177-211). Dans cette dernière partie, j'aborde spécifiquement le principe fondamental d'humanité dans le cadre du droit des Nations Unies (pars. 196-211).

²⁹ Paragraphes 32-40 et 61-316. Pour une étude récente, cf. A.A. Cançado Trindade, «Réflexions sur la nécessaire primauté du droit d'accès à la justice sur les invocations indues des immunités de l'État face aux crimes internationaux», in *Écrits sur la communauté internationale: enjeux juridiques, politiques et diplomatiques - Liber Amicorum Stelios Perrakis*, Athènes/Grèce, I. Sideris Publs., 2017, pp.69-77.

mon Opinion Dissidente dans l'affaire de l'*Application de la Convention contre le Génocide* (Croatie c. Serbie, arrêt du 03.02.2015); ainsi que dans mes trois Opinions Dissidentes dans les trois affaires des *Obligations relatives à des négociations concernant la cessation des armes nucléaires et le désarmement nucléaire* (Iles Marshall c. Royaume Uni, Inde et Pakistan, arrêts du 05.10.2016); entre autres³⁰.

Le droit international n'est nullement insensible à la pressante nécessité de voir un traitement humain accordé aux personnes et le principe d'humanité s'applique en toutes circonstances, de manière à proscrire tout traitement inhumain, en référence à l'humanité tout entière, afin d'assurer une protection à toutes les personnes, y compris celles qui se trouvent en situation de grande vulnérabilité (pars. 17-20). *L'humanité* est appelée à conditionner le comportement humain en toutes circonstances, en temps de paix, ainsi qu'en périodes de troubles et de conflit armé. Le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection de l'individu, et fournit l'une des illustrations des ressemblances ou convergences entre ses branches distinctes et complémentaires (Droit international humanitaire, Droit international des droits de l'homme, et Droit international des réfugiés), au niveau herméneutique, qui se manifestent également aux niveaux normatif et opérationnel³¹.

³⁰ Mes Opinions Individuelles, soutenant, au sein de deux tribunaux internationaux contemporains, une vision humaniste du droit des gens, ont été choisies pour composer trois collections, éditées et aujourd'hui disponibles en langues différentes, à savoir: *Judge A.A. Cançado Trindade - The Construction of a Humanized International Law - A Collection of Individual Opinions (1991-2013)*, tome I (Inter-American Court of Human Rights), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 9-852; *ibid. (1991-2013)*, tome II (International Court of Justice), Leiden, Brill/Nijhoff, 2014, pp. 853-1876; *ibid. (2013-2016)*, tome III (International Court of Justice), Leiden, Brill/Nijhoff, 2017, pp. 9-764; A.A. Cançado Trindade, *Esencia y Transcendencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2008)*, vols. I-III, 2ème. éd. rév., Mexique, Ed. Cámara de Diputados, 2015, tome I, pp. 3-687; tome II, pp. 3-439; tome III, pp. 3-421; A.A. Cançado Trindade, *Vers un nouveau jus gentium humanisé - Recueil des Opinions Individuelles du Juge A.A. Cançado Trindade*, Paris, L'Harmattan, 2018, pp. 21-1030.

³¹ Sur ce point particulier, cf., e.g., A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, CICR, [2000], pp. 1-66 ; et, pour une étude plus récente, cf. A.A. Cançado Trindade, L. Ortiz Ahlf et J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, 2ème. éd. rév., Mexique, Ed. Porrúa / Escuela Libre de Derecho, 2017, pp. 1-221.

V. Le Principe d'Humanité dans l'Héritage de la Philosophie du Droit Naturel.

Le précieux héritage de la philosophie du droit naturel, qui évoque le droit naturel de la raison droite (*recta ratio*), n'a jamais disparu et il importe de le souligner inlassablement, notamment face à l'indifférence et au pragmatisme des *droit d'étatistes* «stratégiques», si fréquents de nos jours au sein de la profession juridique. Il convient de ne pas passer sous silence le fait que le principe d'humanité s'inscrit effectivement en droite ligne dans la philosophie du droit naturel. Il sous-tend la pensée classique relative au traitement humain ainsi que le maintien de relations sociables, ce également au niveau international.

L'humanité s'est manifestée avec d'autant plus de vigueur dans le traitement des personnes en situation de vulnérabilité, voire d'impuissance, telles que celles qui se voient privées de leur liberté personnelle pour quelque raison que ce soit. Lorsque le *jus gentium* commença à correspondre au droit des gens, il en vint alors à être conçu par ses «pères fondateurs» (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme un droit régissant la communauté internationale composée d'êtres humains organisés socialement en Etats (émergents), existant de concert avec l'espèce humaine, correspondant ainsi au droit *nécessaire* de la *societas gentium*. Cette dernière prévaut sur la volonté individuelle de chaque État, dans le respect de l'individu et au bénéfice du bien commun³². Le principe d'humanité a exercé une influence croissante dans le développement progressif du droit des gens³³.

VI. L'Humanité et les Considérations d'Humanité: un Précision d'Ordre Conceptuel.

Au regard de ce qui précède, il apparaît vite que le terme «humanité» a été interprété de manières différentes en droit international moderne,

³² A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2ème. éd. rév., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2015, pp. 9-14, 183, 560-561, 766-767 et 782; et cf. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187.

³³ A.A. Cançado Trindade, "Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension", in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law* (eds. R. Kolb et G. Gaggioli), Cheltenham, E. Elgar, 2013, pp. 188-197; A.A. Cançado Trindade, "Il Principio di Umanità e la Salvaguardia delle Vittime: Considerazioni sull'Esperienza della Corte Interamericana dei Diritti Umani in Materia di Adempimento di Sentenze e Decisioni", in *Il Principio di Umanità e la Salvaguardia della Persona Umana* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 61-74.

comme dans la jurisprudence du TPIY et du TPIR (*supra*). Ces tribunaux *ad hoc* ont clairement relié l'«humanité» au principe universel du respect de la dignité de la personne humaine, ou au sentiment d'*humanité*. La CEDH et la CIADH s'y sont également montrées sensibles en renvoyant abondamment aux principes généraux du droit dans leurs jurisprudences constantes respectives, mais convergentes. La CIJ a elle aussi invoqué des «considérations élémentaires d'humanité», dans le même ordre d'idées³⁴. Le sentiment d'humanité et la volonté de faire respecter la dignité humaine sont donc bien présents dans la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains.

Lorsqu'il s'agit, toutefois, d'analyser l'expansion de la personnalité juridique internationale, c'est-à-dire l'émergence de nouveaux sujets du droit international universel d'aujourd'hui, il est nécessaire de préciser certains concepts. Le droit international des temps modernes désigne ainsi comme ses sujets non seulement les Etats mais aussi les organisations internationales et les êtres humains, tant individuellement que collectivement, laissant entrevoir un aspect fondamental de ce que j'appellerai le processus historique d'*humanisation* du droit international. Dans ce contexte, j'ajouterai - comme déjà souligné - à la liste de ces sujets, l'*humanité* en tant que telle, qui a elle aussi accédé à ce statut (cf. *supra*).

Dans son sens collectif (*humankind* en anglais), le terme «humanité» possède une acception distincte et très concrète : il désigne tous les membres de l'espèce humaine pris collectivement (aussi bien, du point de vue temporel, les générations présentes que futures). De fait, un nombre croissant de textes internationaux (traités, déclarations, résolutions et autres) font désormais expressément référence à l'humanité au sens collectif (*mankind* ou *humankind*), en lui conférant des droits propres. Certains concepts sont aujourd'hui en cours d'élaboration pour formuler concrètement les droits reconnus à l'humanité et les conséquences juridiques qui s'y attachent, et leur développement ira vraisemblablement en s'intensifiant dans les années à venir. Tous les progrès réalisés jusqu'ici découlent, comme il a été exposé précédemment, d'une meilleure perception et d'une plus grande conscience des intérêts communs et supérieurs de la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que de ses valeurs fondamentales.

³⁴ A. A. Cançado Trindade, «La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles», in *Droits intangibles et états d'exception* (D. Prémont, C. Stenersen et I. Oseredczuk, eds.), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 53-71, et cf. pp. 73-88.

VII. L'Émergence de l'Humanité en tant que Sujet de Droit International.

À la faveur de l'évolution du droit international contemporain, la personnalité juridique en droit international, comme on l'a déjà signalé, a cessé d'être l'apanage des Etats. À l'instar de ces derniers, les organisations internationales et les êtres humains (tant individuellement que collectivement) sont désormais titulaires de droits et tenus à des obligations selon le droit international. Et l'humanité en est elle aussi venue à figurer parmi les sujets du droit international contemporain, le *jus gentium* du XXI^e siècle. Bien qu'il s'agisse là d'un phénomène assez récent, son origine remonte à la philosophie du droit qui a marqué le début de la seconde moitié du XX^e siècle, voire encore plus loin.

On se souviendra peut-être que la notion de «conscience humaine» a été reconnue en jurisprudence dès 1951, dans l'Avis Consultatif que la CIJ a rendu sur les *Réserves à la Convention contre le génocide*³⁵, pour être reprise en 1976 par la Commission du Droit International (CDI) dans son projet d'articles sur la responsabilité des États³⁶. Sur le plan doctrinal, c'est au début du XX^e siècle, à partir des années 1920, qu'ont eu lieu les premières tentatives en vue de formuler les règles du droit commun régissant l'humanité. À la fin des années 1940, Alejandro Álvarez écrivait que le peuple (en tant qu'élément essentiel à la qualité d'État) avait enfin fait son entrée dans la vie internationale et qu'il importait au premier chef de rechercher l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble. Aux yeux du juriste chilien, c'étaient la conscience juridique internationale et l'esprit de justice qui allaient permettre la reconstruction du droit international³⁷.

Ce raisonnement allait être repris et systématisé par C.W. Jenks en 1958³⁸, puis par R.-J. Dupuy en 1986³⁹, entre autres, et, en 1966, D. Evrigenis lançait

³⁵ C.I.J. *Recueil* 1951, p. 23.

³⁶ Avec l'adjonction de l'article 19, «Crimes et délits internationaux» ; cf. Nations Unies, *Annuaire de la Commission du droit international [ACDI] (1976)-II* (2^{ème} partie), pp. 111-113 et 100-102. Cf. aussi les travaux ultérieurs de la même CDI: *Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*, ONU, *ACDI (1986)-II* (1^{ère} partie), pp. 56-57, et le projet d'articles de 1991.

³⁷ A. Álvarez, «Méthodes de la codification du droit international public: L'état actuel de ce droit», in *Annuaire de l'Institut de droit international - Session de Lausanne (1947)* pp. 45-47, 50-51, 54, 63-64 et 68-70.

³⁸ C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 1-442; et cf. C.W. Jenks, «The New Science and the Law of Nations», in *Evolution et perspectives du droit international: Livre du centenaire de l'Institut de droit international 1873-1973*, Bâle, Karger, 1973, pp. 330-346.

³⁹ R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economical UNESCO, 1986, pp. 11-182.

l'idée d'un nouveau «droit universel»⁴⁰. À son tour, dans un article empreint de clairvoyance et paru en 1950, M. Bourquin préconisait que la communauté internationale se voie confier le rôle de «gardienne du droit objectif», surtout devant la menace de «massification» de la civilisation. Par contraste avec la conception traditionnelle, l'Etat allait agir non seulement dans la poursuite de son propre intérêt, mais aussi en tant que membre de cette communauté internationale. Selon lui, la conception volontariste traditionnelle du droit international,

«[e]n faisant de la volonté de l'Etat la seule force génératrice du droit, (...) déforme le phénomène juridique; (...) elle oublie que le droit est inhérent à toute société, qu'il existe là-même où aucune organisation étatique ne participe à son élaboration»⁴¹.

Les problèmes humains qui nous entourent actuellement à l'échelle internationale n'ont pas manqué d'attirer une attention grandissante sur les conditions de vie des être humains dans le monde et d'exercer une incidence directe sur l'édification du droit lui-même. L'être humain se retrouvait donc à nouveau au centre du droit des gens, ce qui a amené M. Bourquin à conclure que:

«[n]i au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique»⁴².

Vingt ans plus tard, devant les progrès du droit de l'espace, les experts venaient appuyer l'idée que la *comunitas humani generis* (incarnant la «cohésion morale de l'humanité», selon la philosophie de Francisco de Vitoria)⁴³ présentait

⁴⁰ D. Evrigenis, «Institutionnalisation des droits de l'homme et droit universel», in *Internationales Colloquium über Menschenrechte* (Berlin, Oktober 1966), Berlin, Deutsche Gesellschaft für die Vereinten Nationen, 1966, pp. 26-34.

⁴¹ M. Bourquin, «L'humanisation du droit des gens», *La technique et les principes du droit public : Etudes en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 35 et 45, et cf. pp. 21-54.

⁴² *Ibid.*, pp. 53-54, and cf. p. 38.

⁴³ Cf. A.A. Cançado Trindade, «*Totus Orbis*: A Visão Universalista e Pluralista do *Jus Gentium*: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria», in *24 Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212; A.A. Cançado Trindade, «Prefácio», in *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694) - La Conciencia Crítica de la Conquista y Colonización de América* (eds. P. Calafate et R.E. Mandado Gutiérrez), Santander, Ed. Universidad de Cantabria, 2014, pp. 40-109; A.A. Cançado Trindade, «Prefácio: A Visão Universalista e Humanista do Direito das Gentes: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria», in: Francisco de Vitoria, *Relectiones - Sobre os Índios e sobre o Poder Civil*, Brasília, Editora Universidade de Brasília / FUNAG, 2016, pp. 19-51; A.A. Cançado Trindade, «La Perennidad del Legado de los 'Padres Fundadores' del Derecho Internacional», in *Discurso del Acto de Investidura como Doctor Honoris Causa del Profesor Antônio Augusto Cançado Trindade*,

déjà un profil juridique faisant de l'«humanité» en soi un «sujet de droit», puisque «son existence en tant qu'entité morale et politique» est une idée qui «devient progressivement réalité, avec toutes les conséquences juridiques que cela comporte»⁴⁴. Depuis, cette théorie a attiré une attention croissante, du moins chez les auteurs les plus clairvoyants. S. Sucharitkul, par exemple, s'est dit d'avis que rien n'empêchait que l'humanité en tant que telle soit sujet de droit international, quitte à être représentée par la communauté internationale elle-même. Cette conception devait prévaloir, grâce à l'*humanisation* du droit international, de façon à «renforcer le statut juridique de l'homme comme sujet de droit» et à sauver l'humanité d'un «désastre imminent» (la menace nucléaire)⁴⁵.

Nagendra Singh a fait observer avec lucidité que l'évolution du droit international vers l'universalité ressort du fait que le consensus universel dont ont fait l'objet, avec le temps, les concepts et les normes du droit international (dans des domaines tels que le droit international humanitaire, le droit des traités et le droit diplomatique et consulaire), et ce, en dépit des différences culturelles qui caractérisent la communauté internationale⁴⁶. R. Quadri a pour sa part mis en évidence la nécessité de rechercher le *status conscientiae* des Etats, soutenant que la conscience juridique internationale était la source matérielle de l'ordre juridique international où règne le pluralisme⁴⁷. Il se dégage de la doctrine italienne en droit international une mise en garde concernant l'«unité du monde juridique»:

«il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international (...) les principes qui s'inscrivent dans la conscience universelle (...) sont à considérer comme également présents dans les ordres juridiques internes (...)»⁴⁸.

Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, 20.05.2016, pp. 17-55; A.A. Cançado Trindade, «La Perennidad del Legado de los 'Padres Fundadores' del Derecho Internacional», 13 *Revista Interdisciplinar de Direito da Faculdade de Direito de Valença* (2016) n. 2, pp.15-43.

⁴⁴ L. Legaz y Lacambra, «La Humanidad, Sujeto de Derecho», in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado - Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, vol. II, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, p. 554, et cf. pp. 549-559.

⁴⁵ S. Sucharitkul, «L'humanité en tant qu'élément contribuant au développement progressif du droit international contemporain», in *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, Colloque de La Haye de 1983 (ed. R.-J. Dupuy), La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 1984, pp. 419 et 425-427.

⁴⁶ Nagendra Singh, «The Basic Concept of Universality and the Development of International Law», *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel*, op. cit. supra n° (43), pp. 240-241, 246 et 256-257.

⁴⁷ R. Quadri, «Cours général de droit international public», 113 *RCADI* (1964), pp. 326, 332, 336-337, 339 et 350-351.

⁴⁸ G. Sperduti, «La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne», in *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of S. Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, pp. 884-885.

Les droits de l'humanité échappent, par définition, à la réciprocité propre aux relations purement interétatiques⁴⁹. On a fait valoir que la communauté internationale devait, en vue de la restructuration du système international, procéder de manière à assurer la survie et le bien-être de l'humanité dans son ensemble⁵⁰.

La CDI, dans le cadre de l'élaboration de son projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a posé en postulat (en 1986) qu'on pouvait concevoir le crime contre l'humanité «dans le triple sens de cruauté envers l'existence humaine, d'avilissement de la dignité humaine, de destruction de la culture humaine». Chaque individu étant «le gardien de la dignité humaine, le détenteur des valeurs éthiques fondamentales», l'atteinte dont il est la cible peut constituer un crime contre l'humanité dès lors qu'elle heurte la «conscience humaine». On peut donc conclure - dans la perspective préconisée par la CDI - à l'existence d'un «lien naturel entre le genre humain et l'individu: l'un est l'expression de l'autre». Il s'ensuit que le mot «humanité» (dans l'expression «crime contre l'humanité») s'entend du «genre humain autant dans sa globalité que dans ses diverses manifestations individuelles ou collectives»⁵¹.

De fait, dès les débuts du droit international, on a eu recours aux «notions fondamentales d'humanité» pour régler la conduite des Etats. Ce qu'on en est venu par la suite à appeler les «crimes contre l'humanité» tire son origine du droit international coutumier⁵², puis s'est développé dans le cadre du Droit International Humanitaire⁵³ et, plus récemment, dans celui du Droit Pénal International⁵⁴. Les crimes contre l'humanité trouvent aujourd'hui leur expression dans le Statut de Rome de la Cour

⁴⁹ P.-M. Dupuy, «Humanité, communauté, et efficacité du Droit», in *Humanité et Droit international: Mélanges René-Jean Dupuy*, Paris, Pédone, 1991, p. 137.

⁵⁰ Ph. Allott, «Reconstituting Humanity - New International Law», 3 *European Journal of International Law* (1992) pp. 219-252, spec. p. 251; cf. aussi Ph. Allott, *Eunomia - New Order for a New World*, Oxford, University Press, 1990, pp. 10 et 186.

⁵¹ Nations Unies, *Annuaire de la CDI* (1986)-II (1^{ère} partie), pp. 56-57.

⁵² S. R. Ratner et J. S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 45-48.

⁵³ Cf. J. Pictet, *Développement et principes du droit international humanitaire*, Genève/Paris, Inst. H.-Dunant/Pédone, 1983, pp. 107 et 77 ; C. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José of Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

⁵⁴ Cf. D. Robinson, «Defining 'Crimes against Humanity' at the Rome Conference», 93 *American Journal of International Law* (1999) pp. 43-57; pour ce qui est des conditions historiques, cf., e.g., H. Fujita, «Le crime contre l'humanité dans les procès de Nuremberg et de Tokyo», 34 *Kobe University Law Review* (2000) pp. 1-15.

Pénale Internationale (article 7)⁵⁵; on se trouve ici au royaume du *jus cogens*.

Lorsqu'un tel crime est commis contre des êtres humains, c'est l'humanité elle-même qui en est victime, comme l'a reconnu expressément le TPIY dans l'affaire *Tadić* (1997), lorsqu'il a statué que le crime contre l'humanité était commis non seulement contre les victimes elles-mêmes, mais contre l'humanité toute entière. Dans l'affaire *Erdemović* (1996), par ailleurs, le Tribunal a fait valoir que les crimes contre l'humanité heurtaient la conscience collective et, transcendant les êtres humains qui en étaient victimes, atteignaient l'humanité elle-même⁵⁶.

On trouve dans plusieurs traités actuellement en vigueur et régissant divers domaines du droit international des marques importantes d'un droit commun de l'humanité. Ainsi, la notion de patrimoine culturel de l'humanité trouve son expression dans la Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel, adoptée en 1972 par l'UNESCO⁵⁷. Du côté du droit international de l'environnement, depuis la référence faite à la notion de «bien de l'humanité» dans la déclaration finale de la Conférence des Nations Unies sur l'Environnement, adoptée à Stockholm en 1972 (principe 18), nombre de traités ont fait de même, constatant les obligations contractées par les Etats parties au nom de l'intérêt supérieur de l'humanité⁵⁸.

C'est ainsi que cette dernière a pris sa place en droit international contemporain et est de plus en plus reconnue en tant que sujet de droit dans différents domaines (tels que le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit Pénal International, le Droit International de l'Environnement, et la réglementation internationale des espaces, entre autres). Se pose par ailleurs la question de sa capacité, question qui n'a pas encore fait l'objet d'une analyse suffisante.

⁵⁵ Cf., e.g., R. S. Lee (ed.), *The International Criminal Court - The Making of the Rome Statute*, La Haye, Kluwer, 1999, pp. 30-31 et 90-102 ; M. C. Bassiouni, *Crimes against Humanity in International Criminal Law*, 2^e éd. rév., La Haye, Kluwer, 1999, pp. 332 et 363-368.

⁵⁶ J. R. W. D. Jones, *The Practice of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*, 2^e éd., Ardsley/N.Y., Transnational Publishers, 1999, pp. 111-112.

⁵⁷ Précédée, entre autres, par la Convention pour la Protection des Biens Culturels en Cas de Conflit Armé, adoptée à La Haye en 1954.

⁵⁸ En outre, on en trouve un autre exemple implicite dans les références faites à la «santé humaine» dans le préambule et à l'article 2 de la Convention de Vienne sur la Protection de la Couche d'Ozone (1985), dans le préambule du Protocole de Montréal relatif à des Substances qui Appauvrissent la Couche d'Ozone (1987), ainsi qu'à l'article premier des trois Conventions susmentionnées sur la pollution marine. Pour une étude récente, cf. A.A. Cançado Trindade, "The Parallel Evolutions of International Human Rights Protection and of Environmental Protection and the Absence of Restrictions upon the Exercise of Recognized Human Rights", in *Human Rights and Environment* (eds. A.A. Cançado Trindade et C. Barros Leal), Fortaleza, IBDH/IIDH, 2017, pp. 49-91.

VIII. Vers la Réalisation de l'Idéal de la Justice Universelle.

Après une longue évolution historique, le principe de la compétence universelle, tel qu'il a été énoncé dans la Convention des Nations Unies contre la Torture (articles 5(2) et 7(1)), semble entretenu, dans cette deuxième décennie du siècle XXI, par l'idéal de la justice universelle, sans limitation dans le temps (passé ou futur) ou dans l'espace (étant transfrontalier), - comme j'ai souligné dans deux arrêts récents de la Cour Internationale de Justice (CIJ)⁵⁹. De plus, ce principe dépasse la dimension interétatique, il prétend sauvegarder non pas les intérêts des États individuels, mais plutôt les valeurs fondamentales partagées par la communauté internationale toute entière. Ce qui est primordial est l'impératif de la justice universelle. Celui-ci s'aligne avec la pensée jusnaturaliste.

La compréhension contemporaine du principe de la compétence universelle nous dévoile un nouvel horizon, plus vaste. Dans ce nouvel horizon, nous pouvons apercevoir le droit international universaliste, le nouvel *jus gentium* universel de l'actualité⁶⁰, - qui n'est pas sans nous rappeler le *totus orbis* de F. Vitoria et le *societas generis humanis* de H. Grotius. Il est impératif de poursuivre et de juger les responsables des crimes internationaux, qui bouleversent la conscience de l'humanité.

La torture, par exemple, est, après tout, aujourd'hui considérée comme étant une violation grave du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International Humanitaire, interdite par le droit international conventionnel et coutumier. Le *jus cogens* détermine son interdiction absolue. Lorsqu'elle est systématiquement pratiquée, il s'agit d'un crime contre l'humanité. Ceci dépasse le vieux paradigme de la souveraineté de l'État: les victimes individuelles sont reconnues comme appartenant à l'humanité; cette dernière réagit, choquée par l'inhumanité de la torture.

Non seulement les droits individuels, mais également les devoirs correspondants de l'État (de protection, d'enquête, de poursuites judiciaires, de sanction et de réparation) sont issus directement du droit international. Les *prima principia*, les principes généraux du droit, - parmi lesquels figurent les principes d'humanité et du respect pour la dignité inhérente des êtres

⁵⁹ Cf. CIJ, affaire des *Immunités Juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie, Grèce intervenant, arrêt du 03.02.2012), Opinion Dissidente du Juge A.A. Cançado Trindade (pars. 1-316); CIJ, affaire des *Questions concernant l'Obligation de Poursuivre ou d'Extradier* (Belgique c. Sénégal), Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade (pars. 1-184).

⁶⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2^{ème} éd. rév., *op. cit. supra* n. (1), pp. 1-726.

humains, - revêtent une importance capitale. Ces derniers sont rappelés dans la Convention des Nations Unies contre la Torture. Un contenu éthique est ainsi délivré et enfin attribué au *jus gentium* de l'actualité.

IX. Conséquences Juridiques de la Reconnaissance de l'Humanité en tant que Sujet de Droit International.

1. Applicabilité du Cadre des Droits de l'Homme.

Le recours au concept même de l'humanité en tant que sujet de droit international fait entrer en jeu d'emblée le cadre des droits de l'homme et y place le débat. Il convient d'en prendre acte, plutôt que de laisser ce fait à l'implicite et comme coulant de source. Comme le droit ou la règle de droit ne produit pas ses effets dans l'absolu, l'humanité n'est pas une abstraction d'ordre sociologique ou juridique: elle est formée des regroupements humains, de l'ensemble des êtres humains vivant en société au fil du temps. Tout comme certaines questions ont été «soustraites» à la compétence des Etats pour prendre un caractère *international* (essentiellement en ce qui concerne la protection des droits de l'homme et le droit des peuples à l'autodétermination), certaines questions touchant l'ensemble de la planète (comme le changement climatique) sont devenues des préoccupations *communes* de l'humanité.

Là encore, l'incidence de la protection internationale des droits de l'homme et de l'environnement marque la fin de la réciprocité et l'émergence d'obligations *erga omnes*. Le cadre des droits de l'homme est incontournable pour l'analyse du système de protection de l'environnement humain dans tous ses aspects. La question qui se pose en dernière analyse est celle, cruciale, de la survie de l'humanité, par l'affirmation, devant les menaces qui pèsent sur l'environnement humain, du droit fondamental à la vie.

2. La Question de la Capacité d'Agir et de la Représentation Légale.

Un sujet de droit est généralement considéré comme titulaire de droits et tenu à des obligations, mais aussi doté de la capacité d'agir. S'il est clair de nos jours que l'humanité est le destinataire des normes internationales et a acquis la qualité de sujet de droit international (le droit de la *comunitas humani generis*), sa capacité d'agir demeure *in statu nascendi*, ce qui soulève la question de sa représentation en justice. Le mécanisme de représentation légale le plus perfectionné, malgré ses lacunes et les revers qu'il a connus, est celui que contient la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer

(1982)⁶¹, pour le degré d'institutionnalisation qu'emporte la constitution de l'Autorité internationale des fonds marins.

Nous nous trouvons à l'orée d'un processus d'élaboration conceptuelle qui pourrait encore nécessiter beaucoup de temps et d'efforts. La conception de l'humanité dans un cadre temporel embrassant les générations actuelles et à venir présente le double avantage de ne pas négliger le facteur temps et de faire en sorte qu'il n'y ait pas de solution de continuité entre les générations, ce qui, comme l'ont déjà relevé les experts, poserait la difficulté de faire valoir les droits des générations à venir, dont l'avènement pourrait être très éloigné. Il n'est pourtant pas impossible de concevoir, dès maintenant, la représentation en justice de l'humanité, dans ses incarnations présentes et à venir⁶².

Le principe souverain de la solidarité humaine rend les vivants (la génération actuelle) comptables envers ceux qui sont à naître (les générations à venir) de leur administration du patrimoine de l'humanité et des préoccupations communes de celle-ci, obligeant les premiers à laisser aux seconds un monde qui soit dans un état aussi bon que celui dans lequel ils l'ont eux-mêmes trouvé. Après tout,

«[p]ersonne ne vit en dehors du temps, et la situation juridique de chacun évolue avec celui-ci. Le passage du temps devrait avoir pour effet de renforcer les liens de solidarité qui unissent les vivants à ceux qui les ont précédés en les rapprochant. Il devrait renforcer les liens de solidarité qui unissent tous les êtres humains, jeunes et vieux, dont la vulnérabilité varie tout au long de leur existence (...). En règle générale, c'est au début, puis à la fin de cette existence que la vulnérabilité est la plus grande, lorsqu'on se trouve devant l'inconnu (...)»⁶³.

Nous n'en sommes qu'aux premiers pas et il reste un long chemin à parcourir avant d'en arriver à mettre au point un système de représentation de l'humanité en droit international, de façon que les droits qui lui sont aujourd'hui reconnus puissent être exercés comme il se doit et de manière systématique. À mon avis, les limites actuelles à la capacité d'agir au nom de l'humanité à l'échelle internationale sont sans effet sur l'émergence de sa

⁶¹ Cf. A. Blanc Altemir, *El Patrimonio Común de la Humanidad - Hacia un Régimen Jurídico Internacional para Su Gestión*, Barcelone, Bosch, 1992, pp. 37-44 et 243-244 ; S. Paquerot, *Le statut des ressources vitales en Droit international - Essai sur le concept de patrimoine commun de l'humanité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 91-92.

⁶² Cf. l'analyse et les propositions exposées in: *Future Generations and International Law* (collectif sous la dir. de E. Agius, S. Busutil et autres), Londres, Earthscan Publ., 1998, pp. 3-165.

⁶³ CIADH, Avis Consultatif n° 17 du 28 août 2002, *Condition juridique et droits de l'enfant*, Opinion Concurrente du Juge A.A. Cançado Trindade, pars. 4-5.

personnalité juridique et sa qualité de sujet de droit international. Comme j'ai cru bon de le préciser dans l'opinion concurrente que j'ai jointe à l'avis consultatif n° 17 rendu par la CIADH (sur la *Condition juridique et droits de l'enfant*, 2002), la personnalité juridique internationale de chaque être humain reste intacte malgré les conditions de son existence⁶⁴ et les limites imposées à sa capacité de faire valoir lui-même ses droits en justice. Ce qui importe le plus, en dernière analyse, c'est que chacun a le droit de compter sur un ordre juridique (tant à l'échelle internationale qu'à l'échelle nationale) qui protège efficacement ses droits naturels (par. 71). Et cela vaut aussi bien pour l'humanité dans son ensemble que pour chaque individu⁶⁵.

Quoi qu'il en soit, les progrès lents et modestes réalisés à ce jour vers un régime de représentation légale de l'humanité, qui ne sauraient manquer de s'accélérer au cours des années à venir, conjugués à la reconnaissance de sa qualité de sujet de droit international, constituent une nouvelle manifestation du processus actuel d'*humanisation* du droit international public. La conception originale *totus orbis* de Francisco de Vitoria au XVI^e siècle a ouvert la voie à la formation et à la cristallisation des notions de communauté internationale en tant que telle et d'un droit international véritablement universel, dont l'humanité serait l'un des sujets.

Nous avons certainement déjà dépassé la vision insoutenable du *jus inter gentes* du passé. À notre époque actuelle, même les affaires des violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire ont été l'objet de l'adjudication des tribunaux internationaux contemporains⁶⁶, à partir d'une vision essentiellement humaniste. De cette façon, il y a eu des avancées considérables dans le domaine de la justice internationale au cours des dernières années.

⁶⁴ E.g., les enfants, les personnes âgées, les handicapés, les apatrides, entre autres.

⁶⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 3 *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos* (2001), Fortaleza, IBDH, 2002, pp. 31-63; A.A. Cançado Trindade, "Atos de Genocídio e Crimes contra a Humanidade: Reflexões sobre a Complementaridade da Responsabilidade Internacional do Indivíduo e do Estado", 67 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2018) pp. 13-49; A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre la Presencia de la Persona Humana en el Contencioso Interestatal ante la Corte Internacional de Justicia: Desarrollos Recientes", 17 *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián - Universidad del País Vasco* (2017) pp. 223-271.

⁶⁶ A.A. Cançado Trindade, *La Responsabilidad del Estado en Casos de Masacres - Dificultades y Avances Contemporáneos en la Justicia Internacional*, Mexique, Edit. Porrúa/Escola Libre de Derecho, 2018, pp. 1-104; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71.

Il est à la fois souhaitable et nécessaire, en cette époque troublée de l'actualité, de consolider notre conception humaniste⁶⁷ et de l'appliquer aux éléments qui constituent la situation internationale contemporaine, si nous voulons vraiment léguer un monde meilleur à nos descendants. À mon avis, nous avons déjà pénétré dans la *terra nova* du nouveau *jus gentium* contemporain, le droit international de l'humanité. Il me semble clair, à ce stade, quand nous nous rapprochons de la fin de la deuxième décennie du XXI^e siècle, que la question ici examinée continuera d'évoluer encore plus, avec le passage du temps, et qu'elle méritera une attention encore plus approfondie de la part de nos cercles juridiques.

Aix-en-Provence, le 30 octobre 2018.

A.A.C.T.

⁶⁷. Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2^{ème}. éd. rév., *op. cit. supra* n. (1), pp. 1-726; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 2^{ème}. éd. rév., *op. cit. supra* n. (30), 2015, pp. 3-789; A.A. Cançado Trindade, *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*, 3^{ème}. éd. rév., Edit. Del Rey, 2019, pp. 1-507; A.A. Cançado Trindade, *A Visão Humanista da Missão dos Tribunais Internacionais Contemporâneos*, La Haye/Fortaleza, IBDH/IIDH, 2016, pp. 11-283; A.A. Cançado Trindade, *Los Tribunales Internacionales Contemporâneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185; A.A. Cançado Trindade, *La Humanización del Derecho Internacional Contemporáneo*, Mexique, Edit. Porrúa/IMDPC, 2014, pp. 1-324.

Historia de la migración transcultural y transnacional de la estrella de ocho puntas

Alena Kárpava¹
Egor Bagrín²

Resumen

Los estudios de la estrella de ocho puntas suelen reducirse a la simbología ornamental. Todavía quedan muchos enigmas por resolver en torno a su significado, su huella en el cristianismo y en el paganismo, su presencia en la heráldica occidental, etc. Iniciamos por analizarla como elemento migratorio que acompaña a la humanidad en su viaje por el mundo, confirmando la cercanía de las culturas en su diversidad. Su analogía en distintas culturas, en principio carentes del contacto directo, puede ser analizada desde la teoría de la unidad psíquica de la humanidad de Bastian, el inconsciente colectivo y arquetipos de Jung, la unidad funcional, defendida por Propp, unidad de la tradición y la sabiduría conectada de las culturas mundiales. Pero nuestra atención recae más en el enfoque migratorio por las culturas de Europa, Asia (Central y Media), América (Central y Sur), Australia, Nueva Zelanda, Sudeste y Sur de China, Siberia, África.

Palabras clave: Estrella de ocho puntas; migración; interculturalidad; arquetipos; irenología.

Abstract

The research of the eight-pointed star usually is reduced to ornamental symbology. There are many riddles to solve around its meaning, its imprint on Christianity and paganism, its presence in Western heraldry. We analyzed it as a migratory element that accompanies humanity in its journey through the world, confirming the closeness of cultures in their diversity. Its analogy in different cultures, in principle devoid of direct contact, can be analyzed from the theory of the psychic unity of humanity of Bastian, the collective unconscious and archetypes of Jung, functional unity, defended by Propp, unity of tradition and the connected wisdom of world cultures. Our focus goes beyond discovering its presence in the cultures of Europe, Asia (Central and Middle), America (Central and South), Australia, New Zealand, Southeast and South China, Siberia, Africa.

Keywords: eight-pointed star; migration; interculturality; archetypes; irenology.

¹ Doctora en Paz, Conflictos y Democracia. Departamento de Pedagogía. Facultad de Ciencias de la Educación. Universidad de Granada/ESP. akarpava@ugr.es

² PhD en Historia. Investigador de la Biblioteca Presidencial de Boris Yeltsin, Rusia. egor-bagrín@yandex.ru

Introducción

Desde el enfoque transdisciplinar, que integra los saberes de la Irenología (Ciencia de la Paz), Historia, Culturología, Geografía, Etnografía, Arte, del estudio del estado de la cuestión ofrece reflexión sobre el proceso migratorio de la *estrella de ocho puntas* por las culturas del mundo. Hace unos años habíamos realizado el primer intento de aproximación a este símbolo (Kárpava, 2016). Ahora partimos de la obra de Albis (1987) y su análisis de la estructura geométrica de la estrella, denominada en el sur de Colombia como Sol de Pastos, con el fin de justificar la elección del modelo gráfico del símbolo de interés. Posteriormente, hacemos un recorrido por la historia de la estrella desde las imágenes del Neolítico hasta el momento actual, desde la pintura rupestre hasta el símbolo religioso, heráldico y estatal.

Visitamos las primeras civilizaciones de Mesopotamia, el Sudeste y Este de China, Asia Central (como Turkmenistán Sur), Suramérica (Colombia y Ecuador) y otros lugares para buscar respuesta a la pregunta cómo fue el recorrido del símbolo alrededor de la Tierra desde la antigüedad. Para este fin hemos consultado múltiples obras científicas, periodísticas, divulgativas, de opinión, *block* personales, estudios fotográficos, catálogos de Arte Antiguo, etc. El carácter arquetípico del símbolo de nuestro interés en diferentes culturas permite reflexionar sobre la cercanía de las culturas en su diversidad.

Metodología

La finalidad de este trabajo es conocer el estado de cuestión de la *presencia de la estrella de ocho puntas en distintas culturas del mundo y su migración por los cinco continentes*. Para tal fin fueron analizados más de doscientos trabajos académicos y divulgativos de ámbito internacional (libros, artículos científicos, artículos periódicos, obras fotográficas, *block* personales, revistas de distintas organizaciones, etc) en ruso, inglés, español y chino.

La mayoría de los textos consultados están publicados en Rusia, país donde percibimos mayor interés hacia el símbolo estudiado. En español encontramos mayoritariamente estudios latinoamericanos, lo que puede responder al peso cultural, histórico y espiritual de la estrella en las culturas andinas. Las fuentes de la Península Ibérica tratan sobre la presencia del símbolo en la heráldica local. Los estudios en lengua china corresponden a la investigación de Gorodetskaya, que en el año 2014 demostró que las imágenes octogonales de la estrella proceden de la llanura de Dongting (Hunan), de la cultura Zaoshizhen (5600-5400 a.C.), heredando este

símbolo a las culturas Tangjiagang (5000-4000 a.C) y Gaomiao (4800-2800 a.C.), extendiéndolo a través de esta última por el Sur de China. Debido a la dificultad del dominio del chino la consulta bibliográfica en esta lengua fue reducida a tres publicaciones.

La búsqueda fue realizada por medio de los buscadores internacionales como e-LIBRARY.RU, google académico, Dialnet, fueron visitadas las bibliotecas universitarias de Colombia, México, Ecuador y Perú, se estableció contacto personal con la Gobernación de Nariño, Pastos (Colombia), con Gorodetskaya y Beriozkin, con la Universidad Estatal de Udmurtia. Con el fin de profundizar sobre la historia del símbolo se han realizado múltiples viajes a los lugares en cuyas culturas éste aparece.

El análisis aplicado fue interno, procura destacar el sentido y caracteres fundamentales de los textos, centrándose en la “interpretación personal y subjetiva, en la intención e intuición del investigador” (López, 2002: 172), tratando de explicar, sistematizar la información y ofrecer nuevos campos de investigación.

Primera aproximación a los Hallazgos de la Estrella de Ocho Puntas

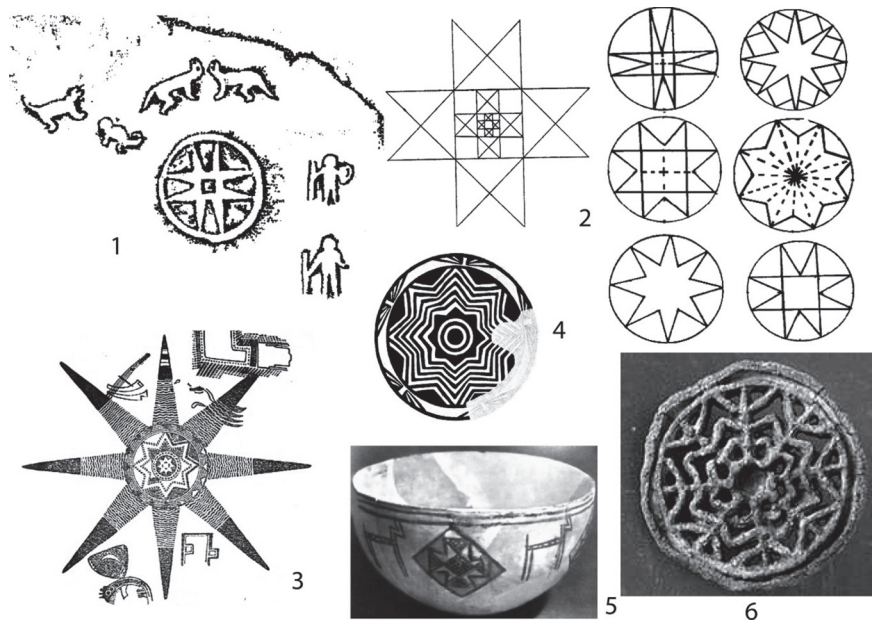
Kizili, Toleže, Auseklis, Estrella de Belén, símbolo solar, símbolo lunar, Venus, Spica estrella de la mañana, Sol de los Pastos, Guñelve, estrella de los Andes, Wüñülfé, Yephun-Oiehuen, Čauk-kola, Quyllur, Ch'aska Quyllur, Gran Estrella o Icoquih, Xux Ek (Estrella Avispa), Nok Ek (Gran Estrella del Firmamento), Sastal Ek (Estrella Brillante), Chac Ek (Estrella Roja del Horizonte), Ahzab Kab Ek (Estrella Matutina), son unos de los nombres de la *estrella de ocho puntas*, uno de los símbolos más repetidos en las culturas de Europa, Asia, América, África, Australia y Oceanía.

La encontramos en los petroglifos (Albis, 1997), en las obras artísticas, en la cerámica, en los tejidos ancestrales (Kachaeva, 2008, 2014), en la heráldica (Compareti, 2007), en la simbología religiosa, como símbolo del Estado o como símbolo papal (Kurov y Boitsov, 2003). ¿Cuándo u cómo aparece? ¿A qué cultura debe su origen? ¿Cuándo y cómo migra por todo el mundo, conectando las culturas?

Las preguntas son infinitas, así como las respuestas, debido a la elección del enfoque del estudio y carencia de estudios científicos sobre el tema. Quisiéramos destacar que en este artículo omitimos la interpretación de los significados que adquiere la estrella en distintas culturas. Es un tema muy amplio que se abordará en un escrito independiente.

Iniciamos el análisis del viaje de la estrella por la obra de Albis (1987) que ofrece un estudio geométrico de la estrella de ocho puntas, denominada el Sol de los Pastos (Imagen I: 1), que aparece en un petroglifo en el Sur de Colombia. Con este trabajo el autor pretende reconstruir el pensamiento matemático ancestral de las culturas prehispánicas, vincular los estudios actuales con la sabiduría popular, hacer atractiva la geometría para sus alumnos. El autor hace un estudio matemático pormenorizado de la estrella, sus frecuencias, proporciones, modificaciones. La imagen estudiada por este autor (Imagen I: 1, 2) la tomamos como modelo para nuestro estudio, con el fin de evitar la dispersión entre la multitud de representaciones gráficas del símbolo.

Imagen I. Imágenes de la estrella de ocho puntas: 1) Petroglifo Piedra de los Machines, Colombia; 2) Estudio de la estrella de ocho puntas de Albis (1987) con base del símbolo del Sol de Pastos; 3) Fresco de Tel-El-Rassul (4000 a.C.) en Palestina; 4) Cerámica del monumento a Hacilar I en el sudoeste Turquía (5100-5000 a.C.); 5) Taza de Chong-Depe (4000-3000 a.C.), Turkmenistán; 6) Sello de bronce de Gonur-Depe, Turkmenistán Sur (2300 a.C.)



Fuente: elaboración propia a partir de Albis (1987), Brentjes (1976), Mellaart (1970), Klimov (2005), Sariandi (2014)

No somos los primeros en interesarse por la estrella de ocho puntas. Su presencia es muy evidente en muchas culturas por lo que no puede pasar

desapercibido. Probablemente, el primero en estudiarlo como símbolo universal fue un investigador vocacional, James Churchward, escritor ocultista inglés, conocido por amplia producción literaria sobre antiguo continente Mu. Al encontrar la estrella de ocho puntas en Oceanía, América del Norte, Egipto, civilizaciones mediterráneas, el autor le atribuyó el valor de escudo de la civilización mítica de Mu, desaparecida en el fondo del Océano Pacífico (Heyerdahl, 1969).

Según Churchward (1997), los últimos habitantes supervivientes de Mu extendieron este símbolo por todo el mundo. La teoría carece de carácter científico, no obstante, esta fue la primera vez cuando se relacionó por medio de un símbolo a los pueblos cuyas culturas no tenían ningún contacto aparente. Más adelante volveremos a las ideas del autor a la luz de los misterios de la presencia de la estrella en la cultura de los pueblos del Pacífico.

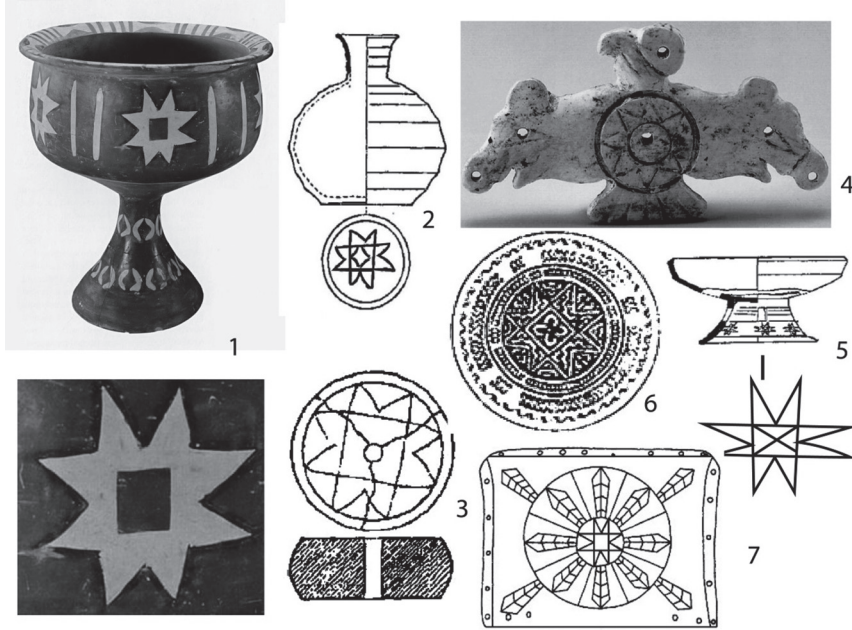
Desde el siglo XIX la estrella de ocho puntas forma parte de las investigaciones científicas que estudian la simbología ornamental de las culturas (Stasov; 1872; Lumholtz, 1904; Katsar, 1996; Gillow, Sentence, 2000; Kachaeva, 2008, 2014; Aruz, Benzel y Evans, 2009)³. En nuestro caso tratamos de descubrir su origen y vías de su migración. Tienen un valor especial para nuestro estudio, las investigaciones que describen la presencia del símbolo en las culturas neolíticas de Sudeste y Este de China.

Es el caso del estudio de Gorodetskaya (2014) que habla sobre las *imágenes octogonales* de la estrella, encontradas en la llanura de Dongting (Hunan), pertenecientes a la cultura Zaoshizhen (5600-5400 años a.C.) Según la autora, este símbolo fue heredado por las culturas Tangjiagang (5000-4000 a.C) y Gaomiao (4800-2800 a.C.), extendiéndolo por el Sur de China. Deopik y Ulianov (2011, 2012) descubren la estrella en las culturas Tangjiagang (5050-4400 a.C.), Lingjiatan (4600 a.C.), Dawenkou (4100-2600 a.C), Songze (3900- 3700 a.C), Dadungzi, (3900-3700 a.C) (Imagen II).

Laptey (2009) publicó un listado de objetos de jade, que portaban imagen de la estrella de ocho puntas, encontrados en las construcciones fúnebres de la cultura Lingjiatan, que surgió hace unos 5500-5300 años en la misma región (Imagen II).

³ Distintas páginas Web, como *Etnografía de Belarús* (Fadeieva, 1991) ofrecen estudios sobre la imagen gráfica de la estrella de ocho puntas en las muestras del arte decorativo nacional de distintas culturas. Hay que subrayar, que la interpretación del significado de la estrella es muy variada y aunque carece de una base científica sólida atrae interés de la población en general.

Imagen II. Imágenes de la estrella de ocho puntas en las culturas ancestrales de Sudeste y Este de China: 1) Dawenkou (4100-2600 a.C.); 2) Songze (3900- 3700 a.C.); 3) Dadungzi, (3900-3700 a.C.); 4) Lingjiatan (4600 a.C.); 5) Songze (3900- 3700 a.C.); 6) Tangjiagang (5050-4400 a.C.); 7) Lingjiatan (4600 a.C.)



Fuente: elaboración propia a partir de Deopik y Ulianov (2011, 2012); Gorodetskaya (2014), Laptev (2009)

En la historiografía rusa quisiéramos destacar la obra de Klimov (2005) que parte de dos muestras de la estrella: 1) el fresco de Tel-El-Rassul (cuenca del río Jordán, 4000 a.C.), que vincula la estrella con la cultura semítica y 2) Copa de Chong-Depe en Asia Central (Turkmenistán, 4000-3000 a.C.) (Imagen I: 3, 5). Klimov (2005) destacó que posteriormente este símbolo fue expandido por el territorio de Mesopotamia e Irán, convirtiéndose en uno de los atributos imprescindibles de la diosa egipcia Isis. En 3000-1000 a.C. el mismo símbolo estuvo presente en diferentes culturas de Uzbekistán y Anatolia. Según el autor, durante del Imperio Bizantino la tradición palestina de trazar la estrella de ocho puntas de Belén pasó a la cultura cristiana.

Klimov (2005) muestra amplia presencia de la estrella de ocho puntas en las muestras del arte decorativo nacional de las culturas de Chipre, Azerbaiyán y Turquía. El autor considera que la cultura tártara de Crimea pudo ser el puente para la migración de la estrella hacia los pueblos de Europa del Este, búlgaros y armenios, y, por medio del arte bizantino, migró hacia los pueblos

Eslavos Meridionales de la península Balcánica. Según el autor, en el siglo XV la estrella aparece en los pueblos húngaros, mientras los eslavos orientales, los finlandeses del Báltico y los pueblos túrquicos de Europa del Este, incorporan este símbolo en los siglos XVIII-XIX. Se destaca también la presencia de la estrella en la cultura de los estonios, carelios, vepesianos, udmurtas, mordvinos y baskires. En Siberia son los pueblos janty y mansí los que integran en su cultura el símbolo de nuestro interés (Klimov, 2005).

Ryzhakova (2002), en el trabajo sobre los ornamentos letones destaca que en la Europa del Este este símbolo podría venir de la cultura de Karanovo de Bulgaria (6000 - 4000 a.C.), siendo muy difundido en el arte decorativo de Europa Occidental, Asia Menor y Central, Cáucaso y Siberia. La autora defiende la ausencia de la estrella en las culturas ancestrales de los baltos y fino-húngaros y relaciona su aparición en los pueblos Bálticos con la influencia de la Europa Occidental durante la Edad Media.

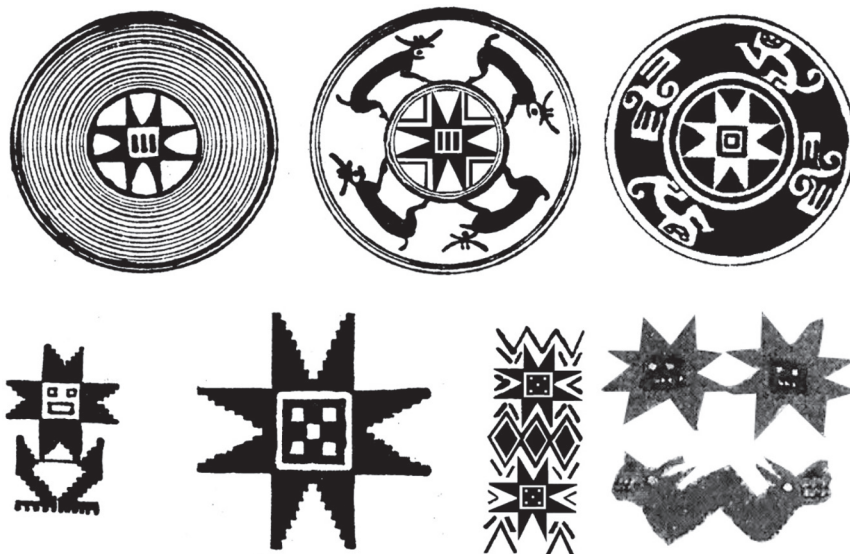
Lensu (2008), reflexionando sobre la primera manifestación de la estrella en la cultura bielorrusa, dice que en la antigüedad ella formaba parte de toda la tradición popular de los eslavos orientales, estaba presente en el ornamento ucraniano, ruso y polaco de Białystochina. También destaca su amplia presencia en las culturas balto-lituana, letona, fino-húngara, estonia, fina y carelia, así como en la de sus vecinos: sueca y noruega. Teniendo en cuenta una relación obvia entre estos pueblos Lensu (2008), al contrario de Ryzhakova (2002), cree que la estrella apareció en la antigüedad en los pueblos fino-húngaros residentes en las regiones cercanas a Volga y Ural. Durante las migraciones de estos pueblos el símbolo fue transferido a los baltos y eslavos.

En nuestro estudio inicial sobre la estrella que ocho puntas (Kárpava, 2016) habíamos destacado una posible correlación entre la forma gráfica del símbolo estudiado y la interpretación de su significado en la cultura udmurta (Rusia) y otavaleña (Ecuador). Dicho trabajo dio inicio a nuestra investigación. Quisiéramos destacar que los estudios consultados centran su atención sólo en la región euroasiática, nosotros aportamos una reflexión sobre la presencia del símbolo en América y Nueva Zelanda.

En distintas épocas los autores como Poma de Ayala (1969 [1615]), Lumholtz (1904), Albis (1987), Uribe (1986), Santacruz (2005, 2009), Moscoso (2000), Timmer (2003) recogieron las imágenes de la estrella. En Colombia, por ejemplo, encontramos Sol de Pasto (Delgado, 2004) representado por estrella de ocho puntas tallada en el petroglifo *La piedra de los Machines* (Imagen I: 1), cuya datación exacta presenta dudas. No obstante, se conoce que los primeros pobladores llegaron a este territorio hace unos 14000-12000 años a.C., aunque una potente actividad volcánica en la zona frenó la población de este territorio hasta IV a.C.

Delgado (2004) afirma que los primeros pobladores llegaron a esta región desde la Amazonía, entre 10000-3350 a.C. El Sol de Pastos forma parte de la decoración de la cerámica y de los tejidos (Imagen III) del sur de Colombia (región de Pastos) y del norte de Ecuador (región de Otavalo), cuyo origen data 3100 a.C.

Imagen III. Representaciones ancestrales de la estrella de ocho puntas en Ecuador y en Perú



Fuente: Albis (1987).

Así, podemos destacar varias culturas las que acogen la estrella de ocho puntas en su simbología desde el período Neolítico y la Edad de Bronce Antigua: 1) Sudeste y Este de China; 2) Mesopotamia; 3) Asia Central (Turkmenistán Sur); 4) América Sur (Colombia y Ecuador) (Imagen III; Imagen IV). Pero ¿cómo el símbolo estudiado pudo aparecer en todos estos lugares desconectados entre sí en aquel período histórico?

Migración de La Estrella de Ocho Puntas Por Los Cinco Continentes

La estrella se presenta como una unidad básica de expresión universal de las culturas, se muestra con una representación gráfica e interpretación similar en culturas alejadas geográficamente entre sí. Esta similitud la podríamos argumentar a partir de los enfoques a los que Beriozkin (2005, 2009) recurre para explicar las analogías producidas en la mitología de distintas culturas del mundo:

1) La teoría del *Elementargedanke* y la idea de la *unidad psíquica de la humanidad*, de Bastian (Waltraud y Monge, 2010; Velasco, 2003), según la cual el ser humano en todas las culturas elabora las mismas *ideas elementales*, universales, transhistóricas, que actúan como átomos para la construcción de las *ideas populares (Völkergedanken)* que difieren por la influencia de sus contextos particulares;

2) El *inconsciente colectivo y arquetipos* de Jung (2002), estos últimos presentados como “formas o imágenes de naturaleza colectiva, que se dan casi universalmente como constituyentes de los mitos y, al propio tiempo, como productos individuales autóctonos de origen inconsciente” (Jung, 1972: 83);

3) La *unidad funcional* (Propp, 1971) de las condiciones sociales y naturales de las funciones que cumplen los personajes en todos los cuentos maravillosos de todas las culturas;

4) La *unidad de la tradición de los antepasados* (Beriozkin, 2005, 2009) que explica la *migración de los mitos* y la similitud de su interpretación en distintas culturas. Los mitos, así como los símbolos, son los portadores de las tradiciones, se mezclan con distintas expresiones culturales, transfiriéndoles una parte de su herencia cultural y espiritual, acogiendo elementos de la nueva cultura.

Aun teniendo en cuenta el carácter arquetípico del símbolo estudiado, nos preguntamos si sería posible estudiar su expansión basándonos en la teoría de la migración humana en la antigüedad. Si esto fuera posible, sería lógico considerar existencia de un espacio geográfico o cultural, donde este símbolo apareció y tuvo una amplia difusión entre las culturas. En este texto proponemos la hipotética idea de expansión de la estrella por los cinco continentes desde tres áreas: Sudeste de China, Mesopotamia y Asia Central. Y nos hacemos la pregunta cómo y cuándo la estrella de ocho puntas migró desde Eurasia hacia América.

Podríamos hablar de dos modelos según los cuales la estrella pudo haber llegado al continente americano como resultado 1) de las migraciones humanas ancestrales desde Eurasia, cruzando Beringia; y 2) de los contactos marítimos en las etapas posteriores.

Migración de la estrella de ocho puntas desde Asia Media, Asia Central y China a través de Beringia hacia América Central y América del Sur

El primer modelo parece ser más evidente. Según las teorías científicas, la migración humana hacia América desde Asia empezó hace unos 20000 - 50000 años. Probablemente, hace 10000-12000 años este proceso se

desarrolló de forma activa, finalizando hace unos 5000 años, si obviamos la migración de los esquimales en el continente norteamericano (Klichko, 2000).

Sudeste de China (incluso Sudeste de Asia) y Asia Media, en conjunto con las provincias del sur de Siberia colindantes con las regiones del norte de Kazajistán, fueron establecidos en la literatura científica como centros de partida de la emigración hacia América. Podríamos suponer, que en una de estas regiones de Asia durante miles de años residían grupos humanos en cuya cultura la estrella tenía una gran difusión, por lo que les acompañaba en sus procesos migratorios que iban en distintas direcciones.

En Sudeste de China en la cuenca del río Yangtsé encontramos imágenes de la estrella de ocho puntas que viaja desde una cultura neolítica a otra a partir de 5000 a.C. (Imagen II). Las raíces de estas culturas nos llevan a 13000 a.C. (Deopik y Ulianov 2011, 2012; Laptev, 2009).

Gorodetskaya (2014) describe las imágenes octagonales de la estrella en las culturas Zaoshizhen (5600-5400 años a.C.), Tangjiagang (5000-4000 a.C) y Gaomiao (4800-2800 a.C.), ubicadas en la región considerada por los investigadores como ruta principal de la segunda y tercera ola de repoblación de América, que sigue la primera, ejecutada desde Asia Media y Siberia. Es importante tener en cuenta que, precisamente, desde la costa del sudeste de China fueron realizados los contactos marítimos con América en momentos posteriores, mientras desde Asia Central la existencia de estos contactos no era posible.

Parece haber una influencia directa de las culturas del Sudeste de China en la aparición de la estrella de ocho puntas en Nueva Zelanda, concretamente en la cultura del pueblo Maorí que hace amplio uso del símbolo en la decoración de la vestimenta tradicional de las mujeres (Imagen VII: 4, 5, 6).

La singularidad de la cultura maorí consiste en su completo aislamiento de otras culturas desde su establecimiento en la isla en el siglo XIII. Exceptuando la hipótesis de que el símbolo fue tomado por los maoríes de los europeos en el siglo XVIII, quedan dos opciones de su aparición en esta zona: *primera*, la estrella fue traída a Nueva Zelanda por los migrantes desde Asia. La mayoría de los investigadores consideran que pro-patria ancestral de la cultura maorí y de otros pueblos de Polinesia es la isla Taiwán desde donde estos pueblos podrían haber comenzado la migración hacia el Este y el Sureste del Océano Pacífico hace unos 3000 años.

En la década de los años 70 del siglo XX el lingüista y escritor Kondratov (1974) supuso que las islas de Indonesia fueron el foco de la formación de una cultura de gran dominio de las técnicas náuticas gracias a las cuales los *austronesios*, o *la raza oceánica*, según la teoría del geógrafo francés del siglo XIX Louis Vivien de Saint-Martin, alcanzaron los límites territoriales mencionadas anteriormente. Las zonas más remotas, como Nueva Zelanda, fueron habitadas por los polinesios sólo en 1250-1300.

El viaje de sus antepasados desde el punto de partida hacia Nueva Zelanda duró más de 4000 años. Trasladándose de isla en isla los antepasados de los polinesios permanecían en ellas durante siglos. La estrella de ocho puntas aparece a lo largo de este camino en el arte decorativo de los pueblos de la isla Hainan (Mar de China Meridional) y en Indonesia, aunque con menor expansión. En la cultura maorí ésta podría haber surgido en cualquier momento de este viaje.

Existe otra área geográfica de la expansión de la estrella cercana a Nueva Zelanda: Ecuador. Bellvud (1986) creía que había contactos, aunque no regulares, entre América y Polinesia, que comenzaron alrededor de 1500 a.C. Nos hacemos la pregunta si podría darse una migración inversa de la estrella de ocho puntas desde la costa oeste de América del Sur, con los indígenas americanos, hasta la cultura maorí. Teóricamente sí, y aquí haremos alusión a la *segunda* vía de llegada de la estrella a Nueva Zelanda.

El famoso aventurero y etnógrafo del siglo XX Thor Heyerdahl propuso la teoría de viajes marítimos de los indígenas sudamericanos por las aguas del océano Pacífico hacia la Polinesia, demostrando empíricamente esta posibilidad llevando a cabo en 1947, la expedición Kon-Tiki, navegando en una balsa artesanal desde Perú hasta la isla de Raroia, ubicada en el Archipiélago Tuamotu.

En el libro *Kon-Tiki Ekspedisjonen*, Heyerdahl (2002) recogía las leyendas de los Incas sobre el Dios Creador Viracocha, un líder supremo de un pueblo blanco desaparecido en Perú. El nombre completo de esta divinidad era *Apu Qun Tiqsi Wiraqutra* y *Kon-Tiki Viracocha*. Kon-Tiki era el sacerdote supremo de la *legendaria gente blanca* de la que hablaban los Incas. La leyenda describe un ataque del líder guerrero Kari a Kon-Tiki.

En la batalla, en una de las islas en el Lago Titicaca, los hombres blancos barbudos fueron vencidos. Kon-Tiki y sus guerreros lograron escapar y llegar a la costa. De allí se fueron, desapareciendo en el mar en

dirección Oeste. No había duda de que el líder blanco, Dios Sol-Tiki, al que los antepasados Incas expulsaron de Perú lanzándolo al Océano Pacífico, era a la vez el Dios blanco - líder de Tiki, hijo del Sol, al que los habitantes de las islas orientales del Océano Pacífico consideraban su padre ancestral (Heyerdahl, 2002).

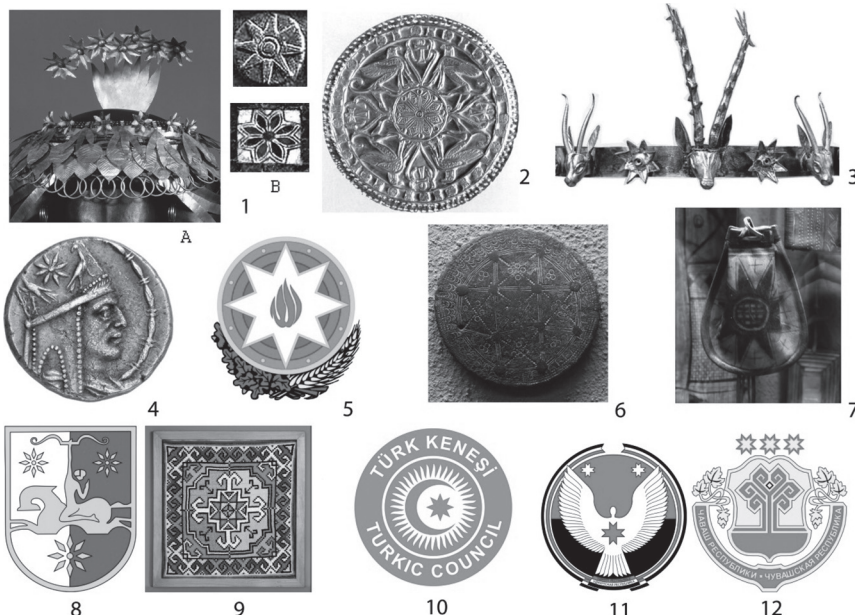
Es posible observar la similitud entre la estrella de ocho puntas de la cultura Maorí, que porta un cuadrado en su centro, con la estrella de las culturas neolíticas de sudeste de China y de las culturas indígenas de Ecuador y Colombia. Así mismo, quisiéramos destacar la presencia de la estrella en los adornos tradicionales de los grupos étnicos Miao y Yao, residentes en las zonas montañosas en el sudeste de China.

En Asia Central la imagen más antigua del símbolo estudiado pertenece a la cerámica de Geoksyur (4000 a.C), hallada en el sureste del desierto de Karakum en Turkmenia del Sur (Imagen I: 5). Sarianidi (1967) decía que la cerámica de Geoksyur no tenía predecesores y apareció en la región saliendo de la nada, posiblemente, junto con la migración de las tribus desde la meseta iraní. Más tarde, la estrella de ocho puntas fue detectada en el mismo territorio dentro de los hallazgos de Gonur Depe (2300 años a.C.), en el centro religioso zoroastriano de la antigua Margiana (Imagen I: 6). Sin embargo, no observamos ninguna influencia de la cultura mesopotámica en este caso (Sarianidi, 2014).

Posteriormente, la estrella se extiende hasta el norte de Kazajstán y la región de Trans-Uralie. La podemos encontrar en una vasija de la cultura de Abáshevo (2500-1900 a.C.) descubierta en el territorio de Baskortostán. También la podemos ver en Kazajstán en la hebilla en forma de estrella del monumento a Tanabergen II, parte de la cultura de Sintashta (2100-1800 a.C.) (Tkachev, 2007). Se trata de hallazgos singulares que hacen difícil juzgar el peso del símbolo estudiado en estas culturas. No obstante, está clara su presencia en las culturas de la mayoría de los pueblos túrquicos.

Mucho más tarde, durante la Edad Media (ss. X-XVI), la estrella de ocho puntas aparece en Udmurtia y Chuvasia, tras la incorporación de estos pueblos en los estados feudales fuertemente marcados por la cultura túrquica, Bulgaria del Volga, Horda de Oro, Kanato de Kazán (Imagen IV: 11, 12). Los investigadores de la cultura de los pueblos túrquicos de Asia Central destacan el papel central de la estrella en el ornamento y la simbología estatal (Imagen IV: 9, 10).

Imagem IV. Imágenes de la estrella de ocho puntas: 1) Mesopotamia (5500 a.C. - 539 a.C.); A) Queen Shubad's headdress. Royal Tombs of Ur (Iraq) (2600 a.C.); B inferior) fragmento de The Royal Game of Ur (Game of Twenty Squares). Royal Tombs of Ur (Iraq) (2600 a.C.); B superior) fragmento de Stele Shamshi-Adad V (815-811 a.C.). North Iraq, Nimrud (Kalhu), Temple of Nabu; 2) Biblos (s. XIV a. C.); 3) Egipto (s. XVII—XVI a.C.); 4) moneda con la imagen del emperador de Armenia, Tigran II, (95—55 a.C.); 5) Escudo de la República Democrática de Azerbaiyán; 6) objeto de la cultura Akan, Ghana (s. XIX - XX), 7) objeto de la cultura Benín (1920); 8) escudo de la República Autnoma de Abjasia; 9) ornamento nacional kazajo; 10) bandera del Consejo de Cooperación de los Estados de Habla Trquica; 11) escudo de la República de Udmurtia; 12) escudo de la República de Chuvasia.

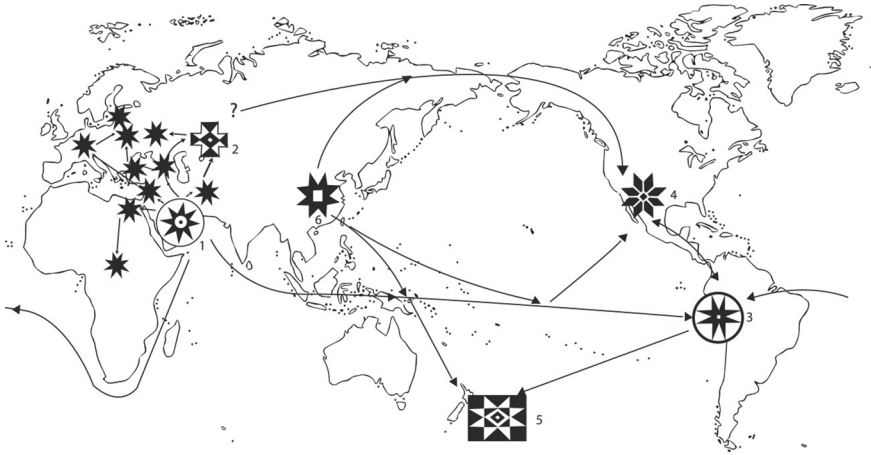


Fuente: elaboración propia a partir de Roaf (1990); objetos de la colección digital de The British Museum; Sitchin (2002); Aruz, Benzel y Evans (2009); Objetos de la exposición del Museo africano de Lyon, Francia. Foto de Egor Bagrin; artista Shiriakova V. D., Museo-reserva regional arqueológico-etnográfico-natural de Kazajstán oriental; Presidencia de la República de Azerbaiyán; Presidencia de la República de Abjasia; The Cooperation Council of Turkic Speaking States, Presidencia de la República de Udmurtia, Presidencia de la República de Chuvasia.

Marcando una supuesta trayectoria migratoria de los grupos humanos, portadores del símbolo estudiado desde Sudeste de China y Asia Central hacia Ecuador y Colombia a través de Siberia y América del Norte (Imagem V), observamos su presencia en las artes decorativas tanto de los yakutos (Siberia), como de los indios de las Grandes Llanuras (América del Norte). Habría que destacar una amplia representación de la estrella en México, por ejemplo, en la cultura de los indios huicholes, donde es utilizada como elemento

principal del ornamento tradicional (Imagen VII: 1, 2). No obstante, todavía desconocemos el momento de su aparición en estas culturas, como tampoco sabemos si se trata de un préstamo tardío del simbolismo cristiano en los siglos XVII-XIX.

Imagen V. Posibles rutas de la migración de los portadores del símbolo de la estrella de ocho puntas desde Eurasia hacia América y Nueva Zelanda. Antiguas áreas de la presencia de la estrella: 1) Mesopotamia; 2) Asia Central; 3) Ecuador, Colombia; 4) México; 5) Nueva Zelanda; 6) Sudeste y Este de China; Las estrellas de color negro sin número significan las regiones de expansión directa e indirecta de la estrella de ocho puntas desde Mesopotamia.



Fuente: elaboración propia

Migración marítima de la estrella de ocho puntas desde Asia Media, Asia Central y China hacia América Central y América del Sur

Otra posibilidad de traslado de la estrella de ocho puntas desde Asia Media, Asia Central hacia América puede ser la hipotética ruta marítima. Ya habíamos señalado que el lugar más probable para este tipo de contactos y propagación de la estrella es el sudeste de China, aunque hay que tener presente otro centro de máxima importancia- Mesopotamia.

Una de las más antiguas imágenes de la estrella corresponde a la civilización de Mesopotamia, a los imperios Sumerio, Acadio, Babilónico y Asirio (6000 a.C.- s. VI a.C). Desde el momento de la creación de la primera ciudad sumeria en Uruk, donde se ubica el templo de Eanna, con la que inicialmente se relacionaba el símbolo, su imagen aparece en las estelas de piedra que representan las acciones de los reyes y dioses (Imagen IV: 4) en la cerámica y otras manifestaciones artísticas (Aruz, Benzel y Evans, 2009).

Por lo tanto, discrepamos con Klimov (2005) que afirma que la imagen más antigua de la estrella estudiada procede de la cultura semítica de Palestina (4000 a.C). Como ya sabemos, unos mil años antes, la estrella fue conocida en las culturas del Sudeste y Este de China. Además, sería más lógico suponer que los semitas habían tomado prestado este símbolo de los sumerios, y no viceversa. Según Mellaart (1970) la estrella también aparece en las imágenes de la cerámica del monumento a Hacilar I en el sudoeste de Turquía (5100 - 5000 a.C).

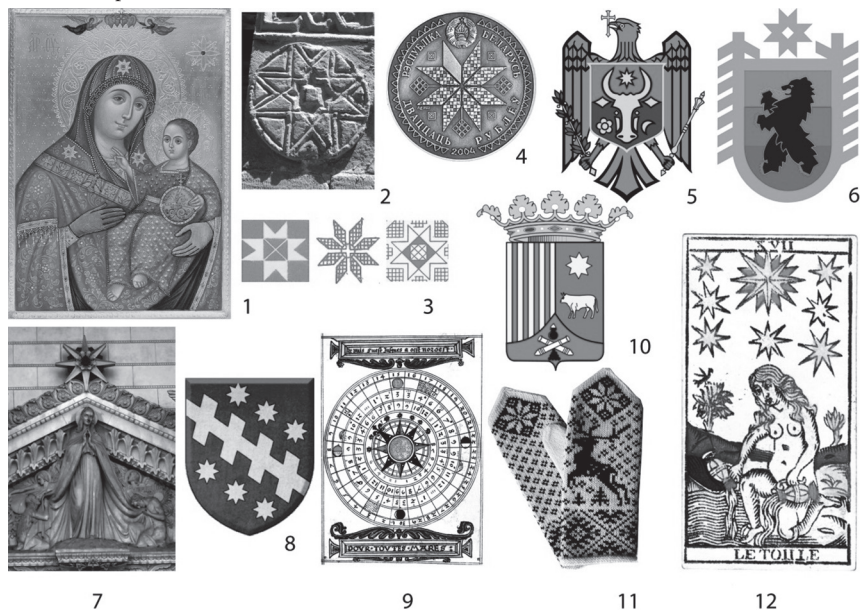
También en la región de Mesopotamia, en la cultura Halaf (5250 a.C.), se conoce la imagen del símbolo analizado, muy cercana en datación a la encontrada en China, aunque su forma, como la de la estrella del monumento de Hacilar, difiere de la imagen clásica (Imagen I: 4). Es interesante que la aparición de la cerámica en la cultura Halaf en Mesopotamia, al igual que en la de Geoksyur en Asia Central, se asocia con la migración de los habitantes de las montañas, producida desde el norte, desde las montañas de Anatolia (Mellaart, 1982).

El primer Estado en la historia de la humanidad, fundado en Mesopotamia, tuvo una gran influencia cultural en el mundo circundante. Incluso, existe una teoría llamada *panvavilonismo*, según la cual las civilizaciones sumeria y babilónica influyeron directamente en el surgimiento de todas las demás civilizaciones antiguas (Kondratov, 1968, 1969)⁴. Bajo la influencia de Mesopotamia se encontraban los territorios del Antiguo Egipto, Irán, Cáucaso y los estados mediterráneos. Probablemente, la estrella de ocho puntas, cuya imagen tenía una amplia presencia en Mesopotamia, fue tomada por las culturas mencionadas (Compareti, 2007).

Podemos observar su presencia en las artes decorativas, religión y símbolos del poder en Egipto y el Cáucaso (Imagen VI: 2, 3, 4). Por ejemplo, aparece en el tocado del gobernante armenio Tigran II (95-55 a.C). Cabe suponer que fue integrada después de la ocupación de los territorios de Siria y de las guerras en la Mesopotamia (Imagen VI: 4). A través de Egipto la estrella pudo penetrar en el continente africano (Imagen VI: 6, 7).

⁴ Beliavsky (1971) supuso que los ancestros de los sumerios durante su migración desde Asia Occidental dieron inicio a la cultura etrusca en Italia, a la cultura trquica de Altai, a la de los selkupov de Siberia y a los pueblos desconocidos que dieron el origen a las culturas de Terteria en Transilvania y Namazga-Tepe en Turkmenistán (s. IV-V).

Imagen VI. Imágenes de la estrella de ocho puntas: 1) Icono de la Virgen María de Belén; 2) Copto, Egipto, Cairo; 3) Ornamento ruso del s. XIX; 4) 20 rublos, Belarús, 2004; 5) Escudo de la República de Moldavia; 6) Escudo de la República de Carelia; 7) Virgen María. Basílica Notre-Dame de Fourvière (1897), Lyon, Francia; 8) Escudos del Papa Clemens VIII; 9) Calendario para los jóvenes oficiales de la Marina, XVI, Francia; 10) Escudo de la ciudad de Teruel, España; 11) Mítones con el ornamento nacional de Estonia, XXI; 12) Carta de Tarot.



Fuente: Fotografía de Mariana Sánchez; Stasov (1872); Presidencia de la República de Moldavia; Presidencia de la República de Carelia; Fotografía de Egor Bagrín; Kurov y Boitsov (2003); cartógrafo Brouscon (2016); Teruel Casado (2010); La identidad aragonesa (2012); Méndez Filesi (2016).

Llama atención el paso de la estrella desde la civilización de Mesopotamia hacia la cultura cristiana, musulmana y judía. En el cristianismo se convirtió en el símbolo de la Estrella de Belén, que orientó a los Reyes Magos (sabios orientales) hasta el lugar de nacimiento de Jesucristo. De hecho, en la primera imagen de la Virgen María, encontrada en las catacumbas romanas, la estrella de Belén está representada esquemáticamente con ocho rayos. En las imágenes posteriores el número de radiaciones cambiaba, aunque con el transcurso del tiempo se retornó a su representación clásica o la frecuentemente utilizada.

Kondakov (2003) cuenta que en los siglos V-VI Egipto y Siria los centros culturales del Imperio Romano de Oriente se habían convertido en el lugar de formación del arte cristiano. En este momento fue muy significativa la influencia del estilo tradicional en la creación de los iconos e imágenes cristianas. Es posible que el símbolo estudiado, muy presente en

Egipto (adscrito a la Diosa Isis) y en Siria (símbolo del Rey y de Dios), fuera reinterpretado e incluido en la simbología cristiana cumpliendo con todos los significados que se le atribuían: la conexión con Dios, con el Rey Celestial, con la Madre de Dios (Imagen VI: 1, 2). Posteriormente, con el florecimiento del Imperio Bizantino y expansión del cristianismo ortodoxo y católico por el mundo, la estrella fue ampliamente acogida.

En las iglesias católicas y ortodoxas de todo el mundo la estrella de ocho puntas decora la imagen de la Virgen María (Imagen VI: 1, 7); forma parte constitutiva de los elementos heráldicos en los escudos de muchas ciudades de Europa (Imagen VI: 5, 6, 10); se encuentra en la astronomía y cartografía (Imagen VI: 9); surge como una personificación de la Virgen María en los escudos de los Papas (Imagen VI: 8), incluyendo el último Papa Francisco (Kurov y Boitsov, 2003).

También forma parte de las cartas del Tarot (Imagen VI: 12), diseñadas por primera vez en Italia en el siglo XV (Mendez Filesi, 2016); y en el simbolismo de algunas rdenes Mgicas. La cruz de Malta, cuyos ocho extremos simbolizan ocho bienaventuranzas que marcan el inicio del Sermón de la Montaa en la religión católica, probablemente era el símbolo de los reyes asirios. Es probable, que ésta sea una de las variantes de la estrella de ocho puntas, por ser muy cercana a ella en forma (Smirnova, 2006).

No obstante, existe un factor que debilita la hipótesis de que Mesopotamia fue el lugar de origen de la estrella. Existe indicio de su existencia en el mismo momento histórico en el continente americano. En el momento de surgimiento de las primeras ciudades-estado sumerias no existían contactos entre Eurasia y América, según estudios científicos. Este hecho nos introduce en el plano de las suposiciones hipticas.

En el caso de que los sumerios dominaran suficientemente el arte de la navegación, hipticamente podrían llegar a la costa occidental de América Central y de la América Sur, a los pueblos indígenas de Colombia (región de los Pastos), de Ecuador (cultura Otavalea o Valdivia) y de México (cultura Huichol) (Imágenes I: 1; 3, VII: 1, VII: 2)⁵ que hacían uso de la estrella. Si se trazara una línea imaginaria desde Mesopotamia hasta estos puntos a través del Ocano Pacfico⁶, pasaríamos inevitablemente por la costa Sudeste de Asia

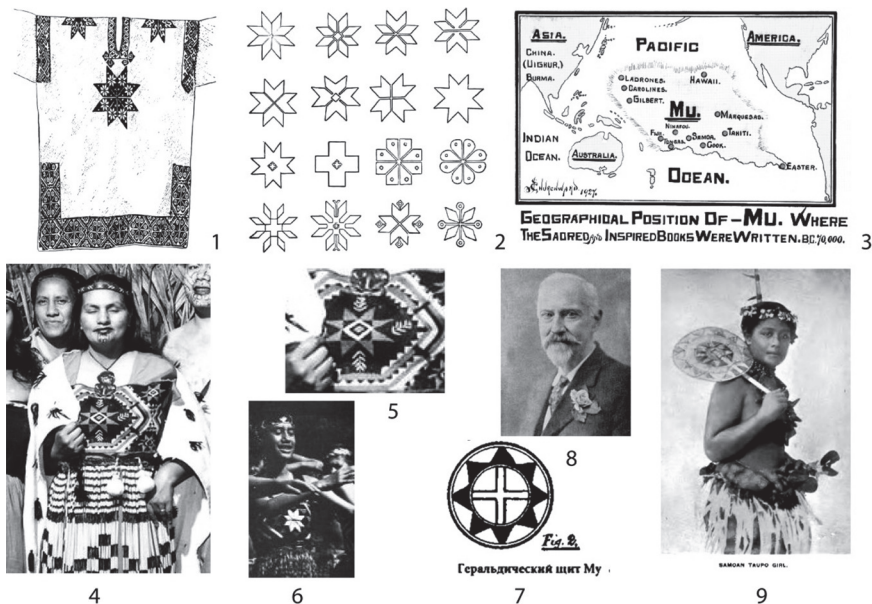
⁵ Siguiendo las leyendas de los indígenas de la cultura Huichol, sus antepasados llegaron a los sitios de su residencia actual desde el mar. Hipticamente, se podría hablar de un desembarco en la costa Oeste de México (Sokolova, 2010).

⁶ Existe una hipótesis desarrollada por Bernardo Biados y Freddy Arce sobre el viaje de los sumerios, que dieron la vuelta a África y llegaron a la costa de Brasil en los barcos y, avanzando por el río Amazonas, llegaron al Altiplano Andino (Ecuador). Esta teoría fue expuesta a múltiples críticas y fue considerada acientífica (David, 2013).

y las islas de Indonesia y Oceanía (Imagen V). Allí también encontramos presencia de la estrella de ocho puntas en los objetos artísticos y decoración, aunque las imágenes consultadas hacen referencia a los tiempos actuales.

Constantemente surgen hipótesis sobre los posibles contactos entre la civilización sumeria y fenicia con las poblaciones indígenas de América, que se construyen a partir de los hallazgos de objetos sueltos de América del Sur que se asocian con la cultura de Mesopotamia (Rassoja, 2009; David, 2013). Todavía no hay pruebas concluyentes de estas conexiones. Defendiendo la primera aparición de la estrella en el Sudeste de China, tampoco está clara su asociación con el período de su florecimiento en la civilización sumeria.

Imagen VII. Imagen de las estrellas de ocho puntas: 1) y 2) Huichol, México; 3) Mapa del continente Mu; 4), 5) y 6) Representantes de la cultura morí; 7) Escudo del imperio Mu; 8) Retrato de Churchward; 9) Joven de la isla de Samoa.



Fuente: elaboración propia a partir de: Tkachev (2007); Churchward (1997); Fairlia (1965).

Para finalizar esta reflexión, quisiéramos recordar la teoría de un coronel inglés, James Churchward (Imagen VII: 8). A finales del siglo XIX James presentó al mundo el fruto de sus investigaciones llevadas a cabo en India, Indochina, América, Australia y Oceanía. Estas investigaciones se basaban en la lectura, supuestamente con la ayuda de un sabio indígena, de unas tablillas de piedra almacenadas en uno de los templos de India, así como tablillas de México, descubiertas por William Niven.

Churchward (1997) afirmaba que la vida en la tierra, y su primera cultura, se originó en el desaparecido hace 13000 años continente *Mu*, que se encontraba en el centro del Océano Pacífico y se extendía desde las islas hawaianas, en el norte, hasta las islas Fiji y la isla de Pascua, en el sur. Una especial atención este autor dedicaba al estudio de los símbolos, subrayando la similitud existente entre ellos y las leyendas ancestrales de Egipto, Birmania, India, Japón, China, islas de los Mares del Sur, América Central y América del Sur, así como de muchas tribus indígenas norteamericanas y de otras civilizaciones antiguas. Estos símbolos y leyendas eran tan parecidos que tenían que tener el mismo origen: el continente Mu. El autor afirmaba que las civilizaciones, surgidas en India, Babilonia, Persia, Egipto y Yucatán eran unas simples brasas de una gran civilización desaparecida (Churchward, 1997).

Uno de los símbolos estudiados por Churchward era la estrella de ocho puntas, la que el autor consideró escudo del imperio Mu (Imagen VII: 7). El primer y, por lo visto, único ejemplo de la estrella encontrada en las Islas del Pacífico, fue su imagen en el abanico de la princesa Aravali, de la isla Arorae, que forma parte de la cadena de islas Gilbert, en Oceanía. En realidad, se trataba de una foto de una joven de la isla de Samoa (Imagen VII: 9).

Churchward (1997) fue el primero en correlacionar el símbolo estudiado con los similares del continente americano. Lo comparó con adornos del vestido de una indígena de la tribu Kutenai (Columbia Británica) y con la estrella de los petroglifos de Nevada. La estrella descrita por Churchward difiere de la estrella maorí y de la estrella andina de América del Sur por tener un círculo en su interior en vez del cuadrado. Esta estrella tiene analogías en Indonesia, en las islas del Sudeste Asiático, así como en la costa Oeste de América del Norte.

¿Podríamos suponer que una posible pro-patria de la estrella se sitúa en el Sureste de Asia? (Imagen V). Teóricamente, sí. Esta región es considerada por los arqueólogos y los lingüistas como uno de los puntos de emigración humana hacia América. También en este lugar están buscando la pro-patria de los sumerios. Desde aquí los pueblos se dispersaron por la Oceanía. Aquí también se hace visible la sucesión entre las culturas del Paleolítico y Neolítico tardío, en las que aparece la estrella y las que hipotéticamente tenían oportunidad de llegar a América por la vía marítima.

Es interesante destacar el encuentro de la estrella de ocho puntas de *las Indias* (*guñelve* para mapuches, *sol de Pasto* en Colombia; *Reloj Solar Quitsato* en Ecuador) con la estrella cristiana de Belén. Las “hermanas” separadas durante miles de años se reunieron en el continente americano colaborando con la aceptación de la nueva religión por los indígenas. Hoy día es posible

observar un proceso inverso: entre la juventud se extiende la práctica de tejido de mandalas con base de estrella de ocho puntas, “Ojo de dios”, que viene prestada del arte decorativo de los indios huicholes.

Conclusiones

Desde el siglo XIX los trabajos científicos, mayoritariamente centrados en el estudio de la simbología ornamental, muestran su interés hacia la estrella de ocho puntas. Encontramos este símbolo en diferentes culturas de Europa, Asia, América, Australia, Nueva Zelanda, Sudeste y Sur de China, Siberia, África. La analogía del símbolo en distintas culturas, creado en el momento de aparente ausencia de contacto directo entre ellas, puede ser analizada desde la teoría de la unidad psíquica de la humanidad de Bastian, el inconsciente colectivo y arquetipos de Jung, la unidad funcional, defendida por Propp, unidad de la tradición y la sabiduría conectada de las culturas mundiales. Pero, si tuviéramos que hablar de la ruta migratoria de la estrella tendríamos que descubrir el lugar de su origen y las vías de su migración.

Los autores ubican su origen en Mesopotamia, Palestina, Asia Central, desde donde la estrella toma el camino hacia Europa Occidental y Europa del Este, y, a través de Siberia y el estrecho de Bering, llega a América Norte, bajando desde allí por la costa del Océano Pacífico hacia América del Sur. No obstante, cabría posibilidad de considerar una segunda vía de su emigración, creada como resultado de los contactos marítimos entre América del Sur y Nueva Zelanda.

También podríamos pensar en Sureste de China como hogar ancestral del símbolo estudiado. Es donde encontramos su referencia más antigua y es de donde, según algunos estudios arqueológicos y lingüísticos, parte el proceso emigratorio de los grupos humanos hacia América. También es un territorio cercano al supuesto centro de la repoblación de Oceanía y Nueva Zelanda y es el lugar donde se produce la sucesión significativa de las culturas del Paleolítico tardío y el Neolítico, que tienen incorporada la estrella, las que podrían tener un contacto directo con América Sur por la vía marítima.

Todavía quedan muchos aspectos por estudiar: el significado de la estrella de ocho puntas en cada cultura, su papel como símbolo universal de paz, su huella en el cristianismo, paganismo, en las culturas andinas, su presencia en la heráldica occidental, así como otros aspectos vinculados al estudio de la Paz Intercultural en el ámbito de Irenología.

Bibliografía

- ALBIS, VÍCTOR SAMUEL. “Las proporciones del sol de los pastos”. *Boletín de Matemáticas*. XXI (2-3). 1987: 110-134.
- ARUZ, JOAN; BENZEL, KIM AND EVANS, JEAN M. *Beyond Babylon: art, trade, and diplomacy in the second millennium B.C.* New York: Metropolitan Museum of Art, 2009.
- BELIAVSKY V. A. Белявский В.А. Вавилон легендарный и Вавилон исторический. Москва: Мысль, 1971.
- BELLVUD P. Беллвуд П. *Покорение человеком Тихого океана. Юго-Восточная Азия и Океания в доисторическую эпоху*. Москва: Издательство «Наука». Главная редакция восточной литературы, 1986.
- BERIOZKIN YU. E. Березкин Ю. Е. (2005). *Мифы глубокой древности*, Природа, 4 Artículo en línea disponible en http://sozvezdie.edu.yar.ru/elektronnaya_biblioteka/napravleniya/turistsko_minus_kraevedcheskoe_napprav_42/mifi_glubokoy_drevnosti.pdf [consultado el 2 de febrero de 2017].
- BERIOZKIN YU. E. Березкин Ю. Е. (2009). «Мифы Старого и Нового Света: из Старого в Новый Свет: мифы народов мира». Москва: Астрель: АСТ. Artículo en línea disponible en <http://litfile.net/web/562528/557000-558000> [consultado el 2 de febrero de 2017].
- BRENTJES, BURCHARD. Брентъес Б. *От Шанидара до Аккада* (Пер. с нем.). Москва: Главная редакция восточной литературы издательства «Наука», 1976, (1ª éd. 1968).
- BROUSCON, GUILLAUME (2016). “Manuel de pilotage à l’usage des pilotes bretons. Périples et pérégrinations. Découvrir, voyager, apprendre”. Artículo en línea disponible en <http://blog.kermorvan.fr/2016/10/24/manuel-de-pilotage-a-lusage-pilotes-bretons/> [consultado el 14 de marzo de 2017].
- COMPARETI, MATTEO. “The eight pointed rosette: a possible important emblem in sasanian heraldry”, *Parthica, incontri di culture del mondo antico*, Invernizzi, Antonio (ed.). Roma: Fabrizio Serra Editore, 2007. 205-230.
- CHURCHWARD D. Черчвард Д. *Древний континент Му*. Пер. с англ. К. Семенова. Киев: «София», 1997.
- DAVID A.S. (2013). “Evidencia de los sumerios en el altiplano andino. ReydeKish – Historias de la Antigüedad”. Artículo en línea disponible en <https://reydekish.com/2013/12/18/evidencia-de-los-sumerios-en-altiplano> [consultado el 14 de marzo de 2017].
- DELGADO TROYA, J. M. *Crónica de los Pastos*. Quito: Abya-Yala, 2004.
- DEOPIK D. V. y ULIANOV M. YU. Деопик Д.В., Ульянов М.Ю. «Современные данные о древнейших письменностях в Восточной Азии и связанные с ними знаки и тексты». *Вопросы эпиграфики*. Москва. 5. 1. (2011): 7-118.
- DEOPIK D. V. y ULIANOV M. YU. Деопик Д.В., Ульянов М.Ю. «Современные данные о древнейших письменностях в Восточной Азии и связанные с ними знаки и тексты». *Вопросы эпиграфики*. Москва. 6. 2. (2012): 205-249.
- FADEIEVA V. Ya. Фадзеева В.Я. *Беларуская народная вышыўка*. Мінск: Навука і Тэхніка, 1991.
- FAIRLIA, MIHIATA. *Ceremonial costume: the Arts of the Maori*. New Zealand: Department of Education, Wellington, N. Z.: Art and Crafts Branch, 1965.
- GILLOW J., SENTENCE B. *Tejidos del mundo: guía visual de las técnicas tradicionales*, 2000.
- GORODETSKAYA, OLGA. “GUO Li-xin. The Plain-Mountain Relationship Discussed Through the Neolithic Carved White Potteries and the Octagon Pattern”, *Southeast Culture*. 4. (2014): 76 - 85.

- HEYERDAHL, THOR. Хейердал Т. *Приключения одной теории*. Ленинград: Гидрометеорологическое издательство, 1969.
- HEYERDAHL, THOR. *L'Expédition du Kon-Tiki*, Phébus, Trad. Marguerite Gay et Gerd de Mautor, 2002 (1ª éd. 1948).
- IDENTIDAD ARAGONESA. (2012). "Teruel, el toro y la estrella". Artículo en línea disponible en <https://identidadaragonesa.wordpress.com/2012/07/15/teruel-el-toro-y-la-estrella/> (consultado el 10 de septiembre de 2017).
- JUNG, CARL GUSTAV. *Los arquetipos y lo inconsciente colectivo. Obra completa*, Trad. Carmen Gauger. Madrid: Editorial Trotta, 9. 1. 2002.
- JUNG, CARL GUSTAV. *Psicología y religión*. Barcelona: Paidós, 1972.
- KACHAEVA M. A. Качаева М. А. *Сокровища русского орнамента*. Москва: Белые альвы, 2008.
- KACHAEVA M. A. Качаева М. *Узоры русской свадьбы. Цветной альбом прорисовок*. Москва: Белые альвы, 2014.
- KÁRPAVA, ALENA. "The sign of "sun" in the image of ancestral cultures of Ecuador and Udmurtia", *Bulletin of Udmurt University, Science journal*, Izhevsk: National University of Udmurtia. 26. 1 (2016): 42-47.
- KATSAR M. S. Кацар М.С. *Беларускі арнамент: Ткацтва. Вышыўка*. Мінск: Беларуская Энцыклапедыя Петруся Броўкі, 1996.
- KLIACHKO A. Клячко А. (2000). «Когда в Америку пришли люди», Вестник. 18 (251). Artículo en línea disponible en <http://www.vestnik.com/issues/2000/0829/win/klyachko.htm> [consultado el 2 de febrero de 2017].
- KLIMOV K. M. Климов К.М. *Наследие древности. Комплексное изучение знаковых средств культуры и искусства*. Москва-Ижевск: НИЦ «Регулярная и хаотическая динамика», 2005.
- KONDAKOV N. P. Кондаков. Н.П. (2003). *Иконография Богоматери*. СПб. Т. I-II. 1914-1915. Репринт: Elibron Classics. Artículo en línea disponible en http://www.icon-art.info/book_contents.php?lng=ru&book_id=33&chap=8 [consultado el 2 de febrero de 2017].
- KONDRATOV A. M. Кондратов А.М. *Земля людей – земля языков*. Москва: Детская литература, 1974.
- KONDRATOV A. M. Кондратов, Александр. *От тайны к знанию*, Москва: Детская литература, 1969.
- KONDRATOV A. M. Кондратов А.М. *Погибшие цивилизации*. Москва: Мысль. 1968.
- KUROV A. y VOITSOV A. Куров А., Бойцов А. (2003). "Геральдический атлас. Гербы пап римских". *Экскурс в геральдику*. Artículo en línea disponible en http://www.exkurs.ru/popes/Popes_arms.htm [consultado el 2 de febrero de 2017].
- LAPTEV S. V. Лаптев С.В. «Становление и развитие ранних земледельческих культур в юго-восточном Китае. Обзор исследований 1970 — 1990-х годов. *Российская археология*. 2 (2009): 164-169.
- LENSU, JAKAU. Ленсу Я. (2008). «Зорка сімвалізуе... месяц», *Этнаграфія Беларусі*. Artículo en línea disponible en <http://by-ethno.livejournal.com/36033.htm> [consultado el 2 de febrero de 2017].
- LÓPEZ NOGUERO, FERNANDO. "El análisis de contenido como método de investigación", s. XXI, *Revista de Educación*. Huelva: Universidad de Huelva. 4. (2002): 167-179.
- LUMHOLTZ, CARL. *El Mexico desconosido*. Nueva York: Charles Scribner's Sons, 1904.
- MÉNDEZ FILESI, MARCOS. (2016). "El tarot: 13. Los astros. Análisis de los triunfos de la Estrella, la Luna y el Sol durante el Renacimiento". Artículo en línea disponible en <http://www.mmfilesi.com/tcabaret/el-tarot-13-los-astros/> [consultado el 07 de mayo de 2017].

- MELLAART, JAMES. Меллаарт Дж. *Древнейшие цивилизации Ближнего Востока*. М.: Наука, 1982.
- MELLAART, JAMES. *Excavations at Hacilar*. Edinburgh: University Press, 1970.
- MOSCOSO, VICTOR. “Una cruz sobre la ciudad”, *Revista de Universidad Católica Boliviana*, 7 (2000): 55-61.
- The Royal Tombs of Ur, Penn Museum. Artículo en línea disponible en <https://www.penn.museum/collections/object/158826> [consultado el 07 de mayo de 2017].
- POMA DE AYALA, FELIPE GUAMAN. *Nueva crónica y buen gobierno*. Selección, versión paleográfica y prólogo de Franklin Peace G. Y. Casa de la Cultura de Perú, Lima [1615], 1969.
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE ABJASIA. *Escudo estatal de la República de Abjasia*. Artículo en línea disponible en http://presidentofabkhazia.org/respublika_abkhazia/gosudarstvennaya-simvolika-respubliki-abkhaziya/ [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE AZERBAIYÁN. *Simbolos del Estado de Azerbaiyán*. Artículo en línea disponible en <http://ru.president.az/azerbaijan/symbols> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CARELIA. *Simbología de la República de Carelia*. *Escudo*. Artículo en línea disponible en <http://www.gov.karelia.ru/symbol.html> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE CHUVASIA. *Escudo de la República de Chuvasia*. Artículo en línea disponible en http://gov.cap.ru/SiteMap.aspx?id=981078&gov_id=49 [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE MOLDAVIA. *Simbolos del Estado*. Artículo en línea disponible en <http://www.moldova.md/ru/content/gosudarstvennaya-simvolika> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE UDMURTIA. *Escudo de la República de Udmurtia*. Artículo en línea disponible en <http://www.udmurt.ru/region/gerb/> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- PROPP, VLADIMIR. *Morfología del cuento*, Madrid: Fundamentos, 1971.
- RASSOJA I. N. Рассоха И.Н. *Финикийская философия и Библия. Открытие финикийцами Америки*. Харьков: ХНАМГ, 2009.
- ROAF, MICHAEL. *Cultural Atlas of Mesopotamia and the Ancient Near East*, 1990. Artículo en línea disponible en <https://www.penn.museum/collections/objects/bibliography.php?irn=1182> [consultado el 10 de septiembre de 2017].
- RYZHAKOVA S. I. Рыжакова С.И. Язык орнамента в латышской культуре. Москва: «Индрик», 2002.
- SANTACRUZ MONCAYO, HAROLD (2009). “Como se poblaron los territorios Pasto”. Madrid. Artículo en línea disponible en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf2/como-poblaron-territorios-pasto/como-poblaron-territorios-pasto.pdf> [consultado el 10 de septiembre de 2017].
- SANTACRUZ MONCAYO, HAROLD. (2005). “Percepción social de los Pastos”, Santiago de Cali. Artículo en línea disponible en <http://www.monografias.com/trabajos-pdf/percepcion-social-indios-pastos/percepcion-social-indios-pastos.pdf> [consultado el 10 de septiembre de 2017].
- SARIANIDI V. I. (edit.). Сарианиди В.И. (гл. ред.). *Труды Маргианской археологической экспедиции*. Исследования Гонур Депе в 2011—2013 гг., Москва: Старый сад, 5, 2014.
- SARIANIDI V. I. Сарианиди В. И. *Тайны исчезнувшего искусства Каракумов*. Москва: Наука, 1967.

- SITCHIN, ZECHARIA. *El 12º Planeta*, Trad. A. Cutanda. Barcelona: Obelisco, 2002.
- SMIRNOVA I. Смирнова И. *Тайная история креста*. Москва: ЭСКМО, 2006.
- SOKOLOVA O. V. Соколова О.В. «Текстильные изделия уичоль (Западная Мексика) в собрании МАЭ». *Этнография и археология коренного населения Америки*. Санкт-Петербург: Наука. 2010: 162 -175.
- STASOV V. V. Стасов В.В. *Русский народный орнаментъ. Выпускъ первый. Шитье, ткани, кружева*. Санкт-Петербург: Издание общества поощрения художников, 1872.
- TERUEL CASADO, CRISTINA. (2010). “El toro, la estrella mudéjar y una flor del artesanado de la catedral componen el nuevo logotipo del Ayuntamiento de Teruel”, *Aragóndigital.es, Canal territorio*, 31 de mayo, Artículo en línea disponible en <http://www.aragondigital.es/noticia.asp?notid=73463> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- THE BRITISH MUSEUM. *Limestone stela of Shamshi-Adad V*. Artículo en línea disponible en http://www.britishmuseum.org/research/collection_online/collection_object_details.aspx?objectId=367083&partId=1&searchText=Stele+Shamshi-Adad+&page=1 [consultado el 10 de septiembre de 2017].
- THE COOPERATION COUNCIL OF TURKIC SPEAKING STATES. General Information. Artículo en línea disponible en <http://www.turkkon.org/en-US/HomePage> [consultado el 12 de septiembre de 2017].
- TIMMER, HILVERT. *La chacana. De Kosmos fluistert zijn Namen*, ONG Chacana, 2003.
- TKACHEV V. V. Ткачѐв В.В. «Процессы культурогенеза на западной периферии алакульского ареала». *Проблемы истории, филологии, культуры*. 17 (2007): 429-442.
- URIBE, MARÍA VICTORIA. “Etnohistoria de las comunidades Andinas prehispánicas del sur de Colombia”. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*. 13-14 (1986): 5-40.
- VELASCO MAILLO, HONORIO M. *Hablar y pensar, tareas culturales: temas de Antropología Lingüística y Antropología Cognitiva*, UNED, 2003.
- WALTRAUD, MÜLLAUER SEICHTER Y MONGE MARTÍNEZ, FERNANDO *Etnohistoria. (Antropología histórica)*, Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2010.

Agravo interno: reflexões sobre sua nova dimensão na dinâmica dos precedentes judiciais

Alexandre de Castro Catharina¹

Resumo

O Código de Processo Civil de 2015 regulamentou de forma detalhada o recurso de agravo interno, ampliando o campo de atuação desta modalidade recursal no âmbito dos tribunais superiores. A ampliação do tratamento normativo desse recurso, nesse sentido, tem como principal escopo garantir o pleno controle da aplicação do sistema de precedentes judiciais, em uma perspectiva, e evitar decisões monocráticas arbitrárias ou infundadas que violem a higidez e a integridade do ordenamento jurídico, em outra perspectiva. Nessa linha de análise, o artigo tem como objetivo refletir, de forma crítica, sobre alguns aspectos normativos do agravo interno e sua nova dimensão no âmbito dos tribunais com ênfase nas implicações decorrentes de sua aplicação na *práxis* judiciária brasileira.

Palavras-chave: Teoria geral dos recursos; agravo interno; precedentes judiciais.

Abstract

The 2015 Code of Civil Procedure regulated in detail the appeal of internal grievance, expanding the scope of action of this appeal within the scope of higher courts. The extension of the normative treatment of this resource, in this sense, has as its main scope to ensure full control of the application of the system of judicial precedents, from a perspective, and to avoid arbitrary or unfounded monocratic decisions that violate the integrity and integrity of the legal system, in another perspective. In this line of analysis, the article aims to critically reflect on some normative aspects of the internal injury and its new dimension within the courts with emphasis on the implications arising from its application in the Brazilian judicial praxis.

Keywords: General theory of resources; internal injury; judicial precedents.

Breve panorama histórico do agravo interno

O recurso de agravo interno recebeu tratamento normativo específico no Código de Processo Civil de 2015, transformando-se, também, num

¹ Doutor em Sociologia Jurídica pelo IUPERJ/UCAM. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito Processual Civil (graduação e pós-graduação) da Universidade Estácio de Sá. Membro efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP. Membro do Instituto dos Advogados do Brasil.

importante instrumento de controle na formação e aplicação dos precedentes judiciais. Entretanto, para se compreender adequadamente o atual regime do agravo interno, necessário se faz abordar, ainda que de forma superficial, o modo como esse recurso foi inserido na processualística brasileira. Essa breve digressão histórica é fundamental, em nosso sentir, para o estudo aprofundado do novo escopo atribuído ao agravo interno pelo ordenamento processual vigente.

A Lei nº 9.756/1998 promoveu uma reforma qualitativa no regime de julgamento dos recursos ampliando de forma significativa os poderes do relator no julgamento dos recursos. A referida legislação alterou a redação art. 557 do código revogado de modo a permitir ao relator julgar monocraticamente os recursos quando estes forem manifestamente inadmissíveis, improcedentes, prejudicados ou em confronto com os precedentes editados pelos tribunais locais e pelos tribunais superiores². Extrai-se da teleologia da norma, portanto, que o principal objetivo do legislador era, na ocasião, minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados, posto que a medida reduziu consideravelmente as pautas de julgamento dos tribunais (BARBOSA MOREIRA, 2008).

Por outro lado, a expansão dos poderes do relator levada a efeito pela Lei nº 9.756/1998 teve, também, como objetivo estabelecer as bases para inserção de um método de padronização vertical e horizontal das decisões judiciais, que possibilitou o surgimento das condicionantes institucionais para o aprofundamento do sistema de precedentes judiciais, de forma estruturada, no Código de Processo Civil de 2015.

É neste contexto que surge o agravo interno, equivocadamente chamado de agravo regimental³. Conforme dispunha o art. 557, §1º do código revogado, a parte que se insurgisse contra a decisão monocrática proferida poderia interpor, no prazo de 05 dias, recurso de agravo. Com efeito, o agravo interno tinha como finalidade principal, por um lado, provocar a apreciação colegiada do recurso interposto anteriormente pela parte e, por outro, esgotar a etapa recursal, no tribunal local, para viabilizar o manejo dos recursos excepcionais para os tribunais superiores⁴.

² Importante registrar que as Leis nº 8.038/1990 e 9.139/95 trataram de hipóteses de julgamento monocrático pelo relator, mas com incidência limitada. A Lei nº 9.756/1998 generalizou as hipóteses de julgamento monocrático.

³ A nomenclatura regimental, em nosso entendimento, é equivocada, pois sugere que o recurso foi criado pelos regimentos dos tribunais. No entanto, o art. 22, I, da Constituição Federal de 1988 diz que somente lei federal pode criar ou extinguir recursos. Não há, portanto, recurso criado por regimento, embora a prática judiciária a reconheça. O CPC/2015 solucionou o problema ao incluir no art. 994, III, a nomenclatura agravo interno, ou seja, recurso interposto e processado nos mesmos autos.

⁴ Ver REsp 738.586/PR, julgado em 06/09/2007, de relatoria do Min. Luiz Fux.

Nessa perspectiva, o agravo interno era manejado com a finalidade de encaminhar o julgamento para o colegiado, que é o juiz natural dos recursos, e cumprir um dos requisitos para interposio dos recursos excepcionais. Esse escopo limitado do agravo, sobretudo na processualística anterior ao Código de Processo Civil de 2015, não estimulou maiores reflexões críticas sobre esse recurso, sendo até mesmo considerado, por segmentos da literatura processual, como meio administrativo de integrao da vontade do tribunal, como bem apontou José Miguel Medina (2015).

O CPC/2015 e as alteraoes resultantes da Lei n  13.256/2015 promoveram uma remodelagem no recurso de agravo interno, que deve ser bem compreendido pelos profissionais e estudiosos do tema para que o novo regime do recurso estudado alcance a plena efetividade.

2. Novo escopo do agravo interno

O art. 926 do CPC inseriu em nosso ordenamento processual um sistema de precedentes judiciais cujo principal propósito é assegurar a estabilidade, integridade e coerência das decisões judiciais. Essa estabilidade jurisprudencial, tanto no plano horizontal, no  mbito dos tribunais locais, como também no plano vertical, tem como intuito, pelo menos em tese, assegurar maior observância das decisões e teses jurídicas exaradas pelos tribunais superiores.

Diante do fortalecimento dos precedentes judiciais vinculantes⁵, o agravo interno foi redimensionado em suas hipóteses de cabimento com o intuito de se garantir,   parte interessada, maior participao no processo de formao das decisões judiciais no  mbito dos tribunais, como também exercer, pela via recursal, a distino (*distinguish*) nos casos de aplicao arbitrária ou equivocada de precedentes judiciais pelos tribunais.

Nesse cotejo, o código vigente deu tratamento normativo mais detalhado ao agravo interno (art. 1.021), inserindo-o no rol dos recursos (art. 994, III) mas também ampliou o prazo para a sua interposio de 05 para 15 dias (art. 1003,  5 ). Por outra perspectiva, quanto   ampliao das hipóteses de cabimento, o agravo interno teve seu escopo ampliado.

Assim, o recurso   cabível para impugnar genericamente decisões monocráticas proferidas pelo relator (art. 1.021); para impugnar decisão de inadmissibilidade de recursos excepcionais pelos tribunais locais (art. 1.030, I, com redao determinada pela Lei n  13.256/2016); cabível nas hipóteses de sobrestamento indevido de recurso cuja controvérsia seja objeto de recursos

⁵ A interpretao sistemática dos arts. 332 e 926 leva à conclusão de que os precedentes judiciais editados pelos tribunais superiores têm eficácia vinculante em sentido forte.

repetitivos ainda não apreciados pelos tribunais superiores (art. 1.030, III, com redação determinada pela Lei nº 13.256/2016); para impugnar eventual sobrestamento indevido de recurso na apreciação de repercussão geral (art. 1.035, §7º, com redação determinada pela Lei nº 13.256/2016) e, por fim, poderá, ainda, o agravo interno ser manejado quando ocorrer suspensão indevida, de processos pendentes, no julgamento de recursos repetitivos (art. 1.037, §13º).

Por esse prisma, para melhor compreender o tratamento normativo dado ao recurso no CPC/2015, faz-se necessário o estudo do agravo interno em pelo menos duas dimensões distintas, que serão desenvolvidas nesse trabalho. A primeira dará ênfase às inovações no regime do agravo interno, como recurso específico, contra decisões monocráticas proferidas no âmbito dos tribunais no julgamento dos recursos ordinários. A segunda dimensão, que se pretende original, abordará o agravo interno como instrumento de controle e democratização na aplicação do sistema de precedentes judiciais brasileiro. Essas são, portanto, as premissas que serão utilizadas ao longo do texto.

2.1. Principais inovações no regime do agravo interno

O art. 1.021 do CPC/2015 refinou o regime do agravo interno superando controvérsias sobre o cabimento e regime do recurso. Andou bem o legislador ao incluir o agravo interno no rol dos recursos (art. 994, III), superando quaisquer controvérsias acerca de sua natureza recursal. Por outro lado, dilatou o prazo para interposição do recurso para 15 dias, garantindo o exercício do contraditório com a fixação de igual prazo para manifestação do agravado (art. 1.021, §2º).

Outra importante inovação diz respeito à necessidade de fundamentação estruturada (art. 489) do relator ao julgar o recurso. Segundo inteligência do art. 1.021, §3º, é vedado ao relator reproduzir os fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o recurso. O intuito da regra, sem dúvida, é impedir que o relator reproduza, em seu voto no colegiado, a *ratio decidendi* utilizada no julgamento monocrático, sem trazer à lume os fundamentos novos ventilados pelo recorrente. Trata-se, neste sentido, de inovação que visa aprimorar o controle das decisões judiciais.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou ao permitir a sustentação oral no julgamento do agravo interno nas hipóteses em que o relator extinga, monocraticamente, o mandado de segurança, a ação rescisória ou a reclamação (art. 937, §3º). A inovação foi objeto de intenso debate pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, na seção plenária do dia 07 de abril de 2016, sobre a aplicabilidade das regras do novo código aos recursos pendentes

de julgamento, que, apesar de se tratar de direito intertemporal, merece ser debatido neste trabalho⁶.

O debate teve início a partir da questão de ordem levantada pela Presidência no julgamento do AgR no MS 34.023/DF⁷, em que a Procuradoria do Estado de Santa Catarina e a Advocacia Geral da União formularam

⁶ A abordagem do debate levado a efeito no Supremo Tribunal Federal nos permite identificar as dificuldades que serão enfrentadas para se implementar, na prática forense, as inovações normativas propostas pelo Código de Processo Civil de 2015.

⁷ A síntese do julgamento foi publicada no Informativo 820 do Supremo Tribunal Federal. *MS e repactuação de dívida com a União. O Plenário, tendo em vista a relevância e urgência do pedido, concedeu medida cautelar em mandado de segurança para garantir ao Estado-Membro impetrante, em face do não pagamento dos juros capitalizados, a não incidência das sanções impostas pelo Decreto 8.616/2015. A norma regulamenta o disposto na LC 148/2014 e no art. 2º da Lei 9.496/1997 e dispõe sobre a repactuação da dívida dos entes federados com a União. Além disso, o Tribunal assegurou o desbloqueio de recursos de transferências federais pela aplicação da LC 148/2014, norma que garante, “prima facie”, o cálculo e o pagamento da dívida pública sem a promoção do aditivo contratual imposto no decreto. Inicialmente, o Colegiado discutiu acerca da possibilidade de as partes realizarem sustentação oral em sede de agravo regimental, tendo em vista as modificações promovidas pelo novo CPC (art. 937, VI, § 3º: “Nos processos de competência originária previstos no inciso VI, caberá sustentação oral no agravo interno interposto contra decisão do relator que o extinga”). O Ministro Edson Fachin (relator) considerou que, no caso, à luz da gravidade do tema, seria interessante ouvir as partes. O Ministro Marco Aurélio, no que acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski (Presidente), entendeu cabível a sustentação, uma vez se tratar de norma instrumental e, portanto, de aplicação imediata. Por sua vez, o Ministro Luiz Fux, no que acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, reputou que o novo CPC só seria aplicável aos recursos interpostos a partir da sua vigência, ou seja, o regime processual dos recursos reger-se-ia pela data de sua interposição. Se o agravo fora interposto em data anterior à vigência do novo diploma, ele deveria seguir as regras anteriores. Em seguida, o debate a respeito dessa controvérsia foi suspenso, em razão da desistência das partes em realizar a sustentação. Em passo seguinte, o Colegiado, por decisão majoritária, deu provimento ao agravo regimental para determinar o andamento do mandado de segurança, tendo em vista a cognoscibilidade da matéria pela via eleita. Asseverou que o aludido decreto interpreta os dispositivos legais em questão, dando-lhes efeitos concretos, e a controvérsia é estritamente de direito, ou seja, define se o saldo devedor deve ser calculado de acordo com a taxa Selic, de forma simples, ou de forma composta. Além disso, os atos normativos regulamentados pelo decreto dispensavam-no, visto que já previam outra forma de cálculo da dívida. O decreto não preencheria lacunas, mas alterara o disposto na lei, razão pela qual existe controvérsia sobre direito líquido e certo, o que independe da complexidade da matéria. Vencidos, relativamente ao agravo, os Ministros Edson Fachin (relator) e Roberto Barroso, que o desproviavam para inadmitir o mandado de segurança na espécie. Consideravam que a controvérsia exigiria dilação probatória para ser dirimida, tendo em conta a existência de dois métodos distintos de cálculo da mesma dívida: juros simples ou capitalizados (anatocismo). O relator reputava, ainda, que a Presidência da República não seria legitimada para figurar no polo passivo da demanda. Por fim, o Tribunal deliberou, em questão de ordem, manter o Ministro Edson Fachin na relatoria do mandado de segurança, muito embora vencido quanto ao regimental, pois a substituição apenas ocorreria se vencido no mérito. O Plenário decidiu, também em questão de ordem, prosseguir no trâmite da ação mandamental independentemente da publicação do acórdão alusivo ao agravo. MS 34023 AgR/DF, rel. orig. Min. Edson Fachin, red. pl/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 7.4.2016.(MS-34023).*

requerimentos para sustentação oral no julgamento do agravo interno interposto, nos termos do art. 937, §3º do CPC, contra decisão monocrática proferida pela Ministro Fachin, que extinguiu sem resolução do mérito a ação mandamental. A discussão, que durou mais de uma hora, versou sobre a aplicação da lei processual no tempo, estabelecendo forte divergência entre os ministros. Para o Ministro Luiz Fux, a lei de regência do recurso é aquela em vigor no momento da publicação da sentença estendendo-se até o final do julgamento do recurso, sendo, portanto, vedada a sustentação oral dos advogados. O ministro foi acompanhado pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot e, em parte, pelo Ministro Barroso.

Em outra linha de raciocínio, os Ministros Lewandosvisk, Teori Zavascki, Marco Aurélio e Celso de Melo divergiram sob o argumento de que há diferenças entre o regime de admissibilidade do recurso e regime sobre a ordem dos processos nos tribunais, que deve ser aplicada a lei vigente na data do julgamento do recurso, o que autoriza, portanto, a sustentação oral no julgamento do agravo. O agravo interno contra decisão monocrática do Ministro Fachin, portanto, foi julgado sem que o plenário do STF enfrentasse a questão posta pelos advogados públicos. A questão, de fato, não é simples.

No entanto, no que tange ao direito intertemporal, nos filiamos à corrente doutrinária que entende o processo como ato, para efeito de aplicação da lei processual nova, razão pela qual defendo que o regime de admissibilidade do recurso deve observar a lei processual em vigor na data da publicação da sentença ou decisão judicial. Entretanto, interposto o recurso, a dinâmica do processo nos tribunais deve observar a lei processual em vigor no momento do julgamento do recurso. Se não for assim, os tribunais atuarão com dois regimes da ordem dos processos, por um período indeterminado, o que contraria a isonomia e a segurança jurídica no que tange ao tratamento dado aos recorrentes.

Por outro lado, não se vislumbra prejuízo insuperável admitir sustentação oral nos agravos internos interpostos na forma do art. 937, §3º do CPC ou mesmo sustentação oral nos agravos de instrumento interpostos contra decisões proferidas em tutela provisória (art. 937, VIII). A contradição na aplicação do CPC/2015 pode se agravar se consideramos o fato de que os tribunais já vêm aplicando determinadas regras concernentes à ordem dos processos, como o respeito ao prazo mínimo de 05 dias para publicação da respectiva (art. 935), apenas para exemplificar. A nossa posição é no sentido de se aplicar, de imediato, as regras do CPC/2015 nos atos referentes à temática da ordem dos processos nos tribunais, dando força normativa às regras dispostas nos arts. 14 e 1.046 da novel Diploma processual.

Embora o plenário não tenha resolvido a questão de ordem, o nosso entendimento se consolidou após ouvir⁸ os fundamentos do Ministro Marco Aurélio, que, a nosso ver, se adequa à melhor interpretação acerca de direito intertemporal. Citando lições de Barbosa Moreira, como lhe é costumeiro nessas ocasiões, o Ministro Marco Aurélio sustentou que se faz necessária distinção entre regime do recurso e procedimento do julgamento do recurso, considerando a natureza instrumental da norma. Com efeito, nas inovações sobre cabimento do recurso, como prazo, forma de interposição, entre outros, deve se observar a legislação em vigor no momento da interposição do recurso.

No entanto, no que concerne ao procedimento de julgamento do recurso, aplica-se a legislação em vigor no momento do julgamento do recurso. Essa interpretação nos leva à conclusão de que é perfeitamente aplicável a sustentação oral nos agravos internos pendentes de julgamentos quando a sessão de julgamento for agendada após a vigência do novo código.

Uma vez superadas as controvérsias sobre a aplicação das novas regras acerca do agravo interno, que se resolverão com o passar do tempo, não restam dúvidas de que as inovações elencadas acima demonstram o aperfeiçoamento do agravo interno como recurso específico para impugnar decisões monocráticas, acentuando, dessa forma, seu escopo como forma de controle das decisões judiciais.

2.1.1. Agravo interno como instrumento de controle no sistema de precedentes judiciais

O direito processual brasileiro vem caminhando por diversas transformações históricas e conceituais que estão contribuindo, sobremaneira, para consolidar um sistema processual híbrido, ou seja, com matizes dos sistemas *civil law* e *common law*. Neste contexto, tanto a lei como os precedentes judiciais, editados pelos tribunais superiores e locais, são instituídos como fontes primárias do direito.

No direito processual civil, a transformação tem sido mais intensa. O Código de Processo Civil de 2015 institui, no art. 927, diversos métodos de formação de precedentes judiciais com o propósito de se desenhar um sistema padronizado, vertical e horizontal, de decisões judiciais com a proposta de se garantir maior estabilidade da jurisprudência e, como consequência, maior segurança jurídica e celeridade no julgamento de demandas repetitivas.

Assim, segundo inteligência do art. 927, o sistema de precedentes judiciais é composto pelas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

⁸ Os trechos citados no trabalho foram extraídos do pronunciamento do Ministro Marco Aurélio por ocasião do julgamento transmitido pela TV Justiça.

no controle da constitucionalidade; pelos enunciados de súmula vinculante; pelos acórdãos proferidos no incidente de resolução de demandas repetitivas e no julgamento de recursos repetitivos; pelas súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, pelas orientações jurisprudenciais dos tribunais locais.

A despeito do amplo tratamento dado aos métodos de formação dos precedentes judiciais no art. 927, é sabido que a legitimidade desse sistema depende, de um lado, da participação dos interessados na construção dos precedentes judiciais (CATHARINA, 2015) e, de outro, de instrumentos que garantam o pleno controle na aplicação dos precedentes aos casos concretos. Para possibilitar a participação dos interessados na formação dos precedentes judiciais, o código estendeu a atuação do *amicus curiae*, conforme dispõe o art. 138, como também aumentou as hipóteses de realização de audiência pública no julgamento dos recursos excepcionais, conforme disposto no art. 1.038, II.

Entretanto, para assegurar o controle na aplicação do sistema de precedentes judiciais, a Lei nº 13.256/2015 atribuiu ao recurso de agravo interno a função de instrumento próprio para impugnar afetações indevidas no julgamento de causas repetitivas ou suspensão incorreta no julgamento de repercussão geral. Verifica-se, portanto, que se trata de uma nova dimensão atribuída ao recurso de agravo interno, que vai além do simples controle de decisões judiciais monocráticas. Nessa perspectiva, o recurso se transformou num verdadeiro instrumento democrático de controle dos procedimentos de formação de precedentes judiciais, em especial da metodologia da distinção (*distinguish*), conforme abordagem abaixo⁹.

2.1.2. Agravo interno no controle da admissibilidade dos recursos excepcionais

O art. 1.030, I, do CPC autoriza a inadmissão pelo tribunal local dos recursos excepcionais nas hipóteses em que: a) o recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido repercussão geral ou o recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com precedente judicial exarado pelo STF em sede de repercussão geral; b) o recurso excepcional interposto contra acórdão que esteja em conformidade com o precedente do STF e do STJ exarado no julgamento de recursos repetitivos. A regra do art. 1.030, III, trata da decisão que

⁹ O agravo em recurso especial ou extraordinário (art. 1.042), com as modificações promovidas pela Lei nº 13.256/2015, teve seu objeto restrito à inadmissibilidade *lato sensu* dos recursos excepcionais.

determina o sobrestamento de recurso excepcional que versar sobre controvérsia de caráter repetitivo, ainda não decidido pelo STF ou pelo STJ.

O parágrafo 2º do art. 1.030 dispõe que, contra as decisões mencionadas acima será cabível agravo interno. A regra deixa evidente que caberá à parte controlar eventuais equívocos na triagem de ações idênticas pelos tribunais locais. Esse controle é fundamental, pois os tribunais utilizarão critérios objetivos para aplicação das teses fixadas em repercussão geral e julgamento repetitivo. Neste quadro, a Lei nº 13.256/2015, que deu nova redação ao dispositivo em comento, pretendeu resolver dois problemas da prática judiciária.

O primeiro concerne à definição de um instrumento próprio para o exercício do controle no julgamento coletivo de recursos que versem sobre questão idêntica. No regime anterior ao estabelecido pelo novo código, a parte que, por equívoco, teve seu recurso inadmitido indevidamente, por entender que *in casu* não havia repercussão geral, tinha dúvidas sobre o instrumento adequado para impugnar a decisão. Assim, alguns sustentavam o cabimento de mandado de segurança e outros optavam por ação cautelar. Além da dúvida acerca da via eleita para impugnar essa decisão, havia outra quanto à competência para o processamento das respectivas ações. A Lei nº 13.256/2015 eliminou essa dúvida definindo que o agravo interno é o instrumento processual de controle e o órgão competente será o próprio tribunal local.

Por outro lado, o segundo problema superado pela respectiva lei, que de alguma forma está ligado ao primeiro, foi o congestionamento excessivo dos tribunais superiores provocado por ações autônomas de impugnação contra inadmissão ou retenção indevida de recursos pelos tribunais locais. Visto por esse ângulo, a instituição do agravo interno como forma de controle no procedimento julgamento coletivo de casos idênticos serviu, nesse aspecto, como freio de arrumação nesse particular.

Na mesma linha de pensamento, os arts. 1.035, §7º, e 1.037, §13, foram também reformas pontuais, levadas a efeito pela Lei nº 13.256/2015, com o propósito de consolidar o agravo interno como instrumento de controle pelas partes no âmbito do tribunal local. O art. 1.035, §5º, dispõe que reconhecida a repercussão geral, todos os processos, individuais e coletivos, que versem sobre a mesma questão, no território nacional, serão suspensos. No entanto, o art. 1.035, §6º, permite à parte interessada requerer ao presidente do tribunal local a exclusão do recurso intempestivo suspenso indevidamente. Contra a decisão do presidente do tribunal local caberá agravo interno nos termos do art. 1035, §7º.

O mesmo dispositivo legal dispõe que caberá agravo interno contra decisão do presidente do tribunal local que aplicar entendimento firmado em regime de repercussão ou julgamento de recurso repetitivo. Aqui, a opção do legislador reformador ao instituir o agravo interno como instrumento de controle na aplicação dos precedentes judiciais é evidente.

Já a regra do art. 1.037, §13, dispõe claramente sobre o agravo interno como meio de controle na aplicação dos precedentes judiciais, em especial o emprego inadequado do critério de distinção (*distinguish*). Segundo o art. 1.037, o relator no tribunal superior selecionará os processos representativos da controvérsia, nos casos de causas idênticas, e determinará a suspensão dos processos afetados. A decisão de afetação, por sua vez, suspenderá os processos idênticos que tramitam em todo o território nacional.

Não raro, alguns processos são suspensos indevidamente, pois o critério para a suspensão será objetivo, como nome das partes, objeto do processo, entre outros. Nessas hipóteses, o art. 1.037, §9º, autoriza a parte interessada a requerer o prosseguimento junto ao tribunal local do processamento do recurso, desde que demonstre a distinção entre o objeto da sua causa e dos recursos selecionados pelo tribunal superior (*distinguish*). Com efeito, da decisão que resolver o requerimento caberá agravo interno, nos termos do art. 1.037, §13, II, do CPC.

Esses dispositivos legais, em boa medida inseridos pela Lei nº 13.256/2015, modificaram sensivelmente o perfil do agravo interno, que merece maiores análises pela ciência processual. Infere-se, portanto, que a função do agravo interno na processualística contemporânea é ambígua. Em uma dimensão mantém a sua natureza recursal tradicional, ou seja, como forma de impugnar, de maneira mais genérica, decisões interlocutórias proferidas na esfera dos tribunais. Em outra dimensão, inaugurada pela Lei nº 13.256/2015, o agravo interno se institui como instrumento processual adequado de controle na aplicação, pelos tribunais locais, do sistema de precedentes judiciais.

Esse controle é fundamental para evitar excessos e arbitrariedades na aplicação do sistema de precedentes. Inúmeros cidadãos podem ter suas causas julgadas liminarmente sob o argumento de que se trata de questões idênticas cuja tese jurídica foi assentada em repercussão geral, incidente de resolução de demandas repetitivas ou julgamento de recurso repetitivo. No entanto, não há dúvida de que podem ocorrer equívocos na suspensão de processos, supostamente idênticos, ou mesmo decisões arbitrárias motivadas, retoricamente, com fundamento na celeridade processual e segurança jurídica. Nessas hipóteses poderá a parte se valer do recurso de agravo para demonstrar, de forma estruturada, a distinção.

É nesse novo cenário que essa nova dimensão do agravo interno surge como uma forma de garantir participação dos interessados na construção de um sistema de precedente judicial justo, cooperativo e racional. Essa visão será fundamental para que o pleno exercício desse controle não seja entendido como meio protelatório, punindo-se indevidamente, o agravante com os meios coercitivos disponíveis.

3. Conclusão

O Código de Processo Civil de 2015 foi instituído após extenso debate pela comunidade jurídica. Trata-se, portanto, de um código elaborado num ambiente democrático, pelo menos em tese, que incorporou propostas de processualistas de diversas tendências e regiões do país. O texto normativo é coerente, apesar de não ser imune a críticas, e apresenta soluções importantes para muitos problemas identificados pela prática judiciária e pela ciência processual ao longo dos anos.

Por seu turno, a Lei nº 13.256/2015, por vias oblíquas, promoveu sensíveis mudanças no texto normativo do Código de Processo Civil de 2015, que exige esforço doutrinário para dar coerência e organicidade ao texto numa perspectiva holística. Este texto pretende oferecer uma singela contribuição nesse sentido.

O texto inicial da Lei nº 13.105/2015 contemplou somente o recurso de agravo interno, nos termos dispostos no art. 1021. Por sua vez, a Lei nº 13.256/2015 revogou incisos e parágrafos do art. 1.042, que trata do agravo em recursos excepcionais, e atribuiu novas dimensões ao agravo interno, transformando-o, também, em instrumento de controle dos procedimentos de aplicação dos precedentes judiciais pelos tribunais locais.

Embora seja possível deduzir que um dos objetivos da Lei nº 13.256/2015 foi reduzir o fluxo de recursos nos tribunais superiores, é bem verdade que a expansão do escopo do agravo interno clama por revisões doutrinárias e conceituais para apreensão adequada da sua remodelagem na processualística contemporânea. É nessa perspectiva que propomos estudar o agravo interno não só como recurso específico contra decisões monocráticas *lato sensu* (art. 1.021), mas também como instrumento de balanceamento, distinção e controle do sistema de precedentes judiciais.

Referências bibliográficas

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CATHARINA, Alexandre de Castro. **Movimentos sociais e a construção dos precedentes judiciais**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Tutela dos Direitos mediante procedimento comum**. V.2. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito Processual Civil Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

THEODORO JUNIOR, Humberto. NUNES, Dierle. BAHIA, Alexandre Melo Franco.

PEDRON, Flavio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Mulheres e Encarceramento: evolução normativa para além da maternidade

Ana Lúcia Tavares Ferreira¹

Resumo

O presente artigo trata da evolução normativa dos direitos das mulheres privadas de liberdade, abordando a disparidade entre a tendência de ampliação da normativa internacional e o caráter restritivo das alterações introduzidas na legislação brasileira, as quais limitam-se, na maioria dos casos, a buscar a proteção dos direitos ligados à maternidade. Também aponta a necessidade de investigações e estudos para o desenvolvimento de reformas político-criminais orientadas de acordo com a perspectiva de gênero.

Palavras-chave: Prisão; pena; execução penal; direitos humanos; gênero.

Abstract

This paper aims to discuss about the normative evolution of the rights of incarcerated women, concerning the difference between the tendency to a more comprehensive approach in the international law and a more restrictive evolution in Brazilian law, which is mostly limited to the protection of rights related to motherhood issues. It also points to the necessity of investigations and studies to develop reforms in the criminal policy according to a gender perspective.

Keywords: Imprisonment; sentencing; corrections; human rights; gender.

Introdução

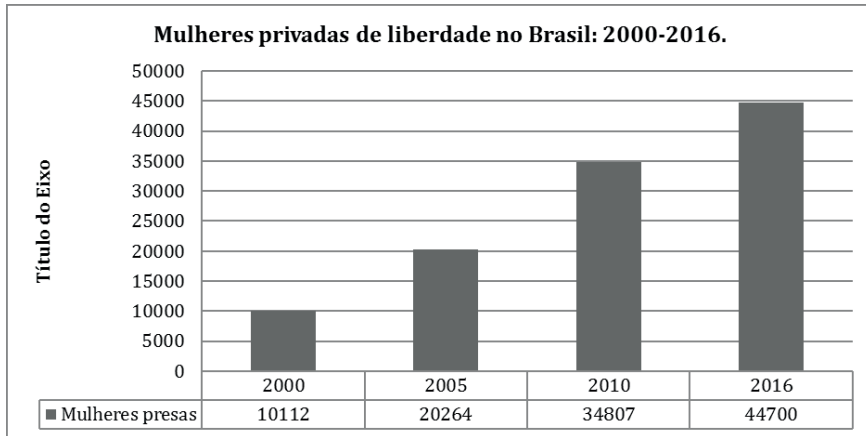
A população carcerária feminina constitui pequena parcela da população prisional mundial (6,9%), contando, atualmente, 714.000 mulheres,

Entretanto, o contingente de mulheres privadas de liberdade vem aumentando significativamente nos cinco continentes, registrando-se crescimento geral de 53,3%, entre 2000 e 2017, sendo que as variações mais acentuadas foram registradas na Oceania (135%) e nas Américas (83%).²

¹ Doutora em Direito Penal pela UERJ. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Defensora Pública do Estado Rio de Janeiro.

² International Center for Prison Studies. World Female Imprisonment List 4th Edition. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>>

Também no caso brasileiro, a população prisional feminina apresentou aumento acentuado e especialmente acelerado nos últimos anos, como demonstra o gráfico a seguir:



Fonte: *International Center for Prison Studies. World Female Imprisonment List 4th Edition.*

Em que pese o significativo crescimento, as mulheres privadas de liberdade representam reduzido percentual da população carcerária brasileira (6,9%), em consonância com a média global.

Além do crescimento mais intenso, a população carcerária feminina apresenta peculiaridades relacionadas à condição social, econômica e cultural das mulheres, que implica a necessidade de uma abordagem específica do tema.

Observa-se, assim, uma tendência de se incorporar a perspectiva de gênero nas normas penais e penitenciárias nacionais e internacionais, de forma a se garantir a efetividade dos direitos das mulheres presas.

A legislação internacional tende a uma gradativa ampliação, introduzindo-se dispositivos que abrangem as variadas especificidades do encarceramento feminino, independentemente da questão da maternidade.

No caso brasileiro, a legislação e jurisprudência refletiram a tendência internacional de reconhecimento dos direitos das mulheres presas.

Entretanto, tem-se adotado uma abordagem mais restritiva, de forma que predominam os dispositivos e decisões voltados para a proteção dos direitos relativos à maternidade.

O presente texto trata justamente dessas tendências divergentes, abordando a disparidade entre a tendência de ampliação da normativa internacional e o caráter restritivo das alterações introduzidas na legislação brasileira.

No primeiro tópico será apresentada uma breve exposição sobre as peculiaridades do encarceramento feminino, apontando-se, em seguida, as inovações legislativas introduzidas para a proteção das mulheres encarceradas em razão do reconhecimento dessas mesmas peculiaridades, no âmbito do direito internacional.

Na seção seguinte, será brevemente descrita a evolução da legislação nacional sobre o tema, demonstrando-se a ênfase e predominância dos dispositivos destinados à proteção dos direitos relacionados à maternidade.

Ao final, serão extraídas conclusões a partir dos aspectos analisados ao longo do texto, elaborando-se sugestões para futuros estudos.

Direitos das mulheres privadas de liberdade: evolução normativa

As taxas de encarceramento³ nacionais apresentam grandes variações, podendo-se observar que, mesmo entre países de uma mesma região geográfica, em contextos socioculturais semelhantes, os índices diferem significativamente.

Em que pese essas notáveis diferenças, a grande maioria dos países apresenta índices de encarceramento feminino semelhantes, como ocorre, por exemplo, nos países europeus e da América do Sul, organizados na tabela abaixo:⁴

País	Taxa de Encarceramento	Mulheres presas (percentual)	Mulheres presas (números absolutos)
Brasil	334	6,9	44.700
Argentina	207	4,1	2.963
Uruguai	295	5,3	585
França	104	3,6	2.639
Alemanha	77	5,8	3.727
Espanha	127	7,5	4.490

Fonte: *International Center for Prison Studies. World Female Imprisonment List 4th Edition.*

³ A taxa de encarceramento – medida mais comumente utilizada nas comparações entre países – consiste no número total de pessoas presas em um determinado dia do ano ou média diária de pessoas presas ao longo do ano inteiro, para cada cem mil habitantes. YOUNG, Warren; BROWN, Mark. *Cross National Comparisons of Imprisonment. Crime and Justice*. Chicago, Vol. 17, 1993, p. 1-49; CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Edição Kindle. p.4

⁴ *International Center for Prison Studies. World Female Imprisonment List 4th Edition.* Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>>

A similaridade nos índices de encarceramento feminino indicam que as mulheres vêm recebendo o mesmo tratamento penal nos diferentes sistemas jurídicos, no que se refere ao recurso à prisão cautelar e à imposição de pena privativa de liberdade.

Partindo dessa premissa, os estudos sobre o tema têm buscado identificar as características específicas do encarceramento feminino compartilhadas pelas mulheres privadas de liberdade, independentemente do contexto jurídico.

Dentre as especificidades apontadas por diversas pesquisas, destacam-se as seguintes: a) as mulheres geralmente praticam crimes sem violência ou ameaça, predominando os delitos patrimoniais; b) as populações prisionais femininas são compostas de menos reincidentes que as masculinas; c) as mulheres encarceradas são menos propensas a gerar conflitos no ambiente prisional; d) a maioria das mulheres encarceradas foram vítimas de abuso ou violência antes da prisão; e) mulheres encarceradas são mais receptivas a tratamentos e programas de reinserção do que homens presos; f) como a população feminina é menor, ocupa espaço físico mais reduzido e com menos estrutura, além de receber menos recursos materiais e, portanto, menos prestações; g) além da coerção física e disciplinar, mulheres presas são submetidas a tratamento médico psiquiátrico mais frequentemente e intensamente do que homens encarcerados; h) mulheres condenadas recebem tratamento diverso dos homens condenados por parte dos juízes, especialmente na fixação e aplicação da pena; i) a prisão da mulher implica a desestruturação da vida familiar, tendo em vista que a maioria possui filhos e, dentre as mães, a maioria é a única responsável pelo sustento e cuidado da prole, fato esse que aumenta a intensidade do sofrimento gerado pelo encarceramento.⁵

A análise detalhada de cada um dos fatores expostos acima não se encaixaria no tema proposto neste texto, interessando, aqui, examinar a evolução normativa no sentido de se adequar as normais penais e penitenciárias às especificidades apontadas.

⁵ Sobre o tema ver DONDERIS, Vicenta Cervelló. Las Prisiones de Mujeres desde una Perspectiva de Género. Revista General de Derecho Penal, Iustel, n.5, 2006. DORADO, Carmen Juanatey. Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 20-10.2018. Disponível em <<<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>>> Acesso em 04/06/2019. BIRON, Louise. Les femmes et l'incarcération, le temps n'arrange rien. Criminologie, 25 (1). p/ 119-134. BECERRA et al. La perspectiva de genero en la Defensa de Mujeres en El Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno: Un Estudio Exploratorio. Informe Final de Resultados. Defensoria Penal Publica, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Diciembre de 2004. CARLEN, Pat. WORRALL, Anne. Anaysing Women's Imprisonment. London: Rutledge, 2004. CARLEN, Pat. Women and Punishment: The Struggle for Justice. London: Rutledge, 2002.

Nesse contexto, pode-se identificar uma tendência, na legislação internacional, de ampliação progressiva das normas especificamente voltadas para o encarceramento feminino.

A partir de um movimento inicial marcado pela vedação de discriminação em razão do sexo, desenvolveu-se um movimento de inovações destinadas principalmente à efetiva garantia de direitos relacionados à maternidade.

Assim, os direitos das mulheres presas foram inseridos, inicialmente, no contexto do movimento de reconhecimento do preso como sujeito de direitos e superação das doutrinas da especial relação de sujeição⁶ e “hands off”,⁷ com uma proibição de diferença de tratamento fundada em diferenças de sexo, nas Regras Mínimas para o tratamento dos presos ditadas pela ONU, em 1975 (Regra 6.1).

Impôs-se, ainda, nessa ocasião, a obrigação de se proporcionar instalações especiais para as mulheres grávidas, as que acabaram de dar à luz e às convalescentes (Regra 23.2), permitindo-se terem os filhos em sua companhia com a criação de creches.

A mesma preocupação com a maternidade no cárcere foi objeto das propostas aprovadas por ocasião do VI Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do delinquente celebrado em 1980.

Mais recentemente, as Regras Penitenciárias Europeias, aprovadas em janeiro de 2006, adotaram uma concepção mais ampla dos direitos das mulheres privadas de liberdade, destacando a importância do respeito às necessidades profissionais, sociais e psicológicas que afetem seu encarceramento (regra 34.1), fazendo-se referência expressa às mulheres que foram vítimas de violência psíquica, mental ou sexual (regra 34.2 e 25.4).⁸

O tema foi objeto também da Resolução de 13 de março de 2008, do Parlamento Europeu, sobre a particular situação das mulheres na prisão e o impacto do encarceramento dos pais nos laços sociais e familiares.

⁶ Sobre o tema ver FRAGOSO, Heleno Cláudio. A Perda da Liberdade: Os direitos dos presos. Artigo disponível em <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo71.pdf>

⁷ A jurisprudência predominante no século XIX e início do século XX nos Estados Unidos estabeleceu a doutrina “hands off”, com fundamento na ideia de que os presos seriam escravos do estado e, portanto, privados de seus direitos fundamentais, não admitindo a intervenção do judiciário para a garantia de seus direitos. Esse entendimento foi mantido até o surgimento do movimento de devido processo, nos anos 1960 e 1970. TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 1038.

⁸ CONSELHO DA EUROPA. Recomendação Rec (2006)2 do Comité de Ministros dos Estados Membros sobre as Regras Penitenciárias Europeias. Disponível em <<<https://rm.coe.int/16804c2a6e>>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

A Resolução encorajou os Estados membros a adaptar as prisões às necessidades específicas das mulheres, bem como a facilitar o acesso das mulheres privadas de liberdade às campanhas de prevenção ao câncer de mama e de colo de útero.

Além disso, recomendou a utilização do encarceramento de grávidas e jovens mães apenas como último recurso, devendo-se dar preferência às alternativas ao cárcere.

Foi solicitado também aos Estados membros a promoção de pesquisa sobre a prisão na perspectiva de gênero, inclusive quanto às causas do encarceramento feminino e promoção de reintegração social.⁹

Posteriormente, a Resolução 2010/16 das Nações Unidas — Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok) — tratou exclusivamente do encarceramento feminino, estabelecendo regras mínimas para o tratamento das mulheres presas e, além disso, para a aplicação de medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.¹⁰

Também as Regras de Bangkok contribuíram para uma abordagem mais ampla dos direitos das mulheres privadas de liberdade, estabelecendo normas específicas para todas as mulheres presas, em razão unicamente da vulnerabilidade inerente à condição de mulher, além de algumas previsões especialmente destinadas às gestantes, lactantes e convalescentes.

Uma abordagem completa e detalhada das regras não seria adequada ao propósito do presente trabalho, cabendo fazer menção àquelas cujo conteúdo denota uma proteção mais ampla dos direitos das mulheres presas, especialmente as que se aplicam independentemente da questão reprodutiva.

As normas voltadas para a proteção das mulheres gestantes ou com filhos compreendem a possibilidade de suspensão da privação de liberdade, levando em consideração o melhor interesse da criança (Regra 2); a imposição do dever de registrar o número de filhos e seus dados pessoais (Regra 3); a vedação de isolamento disciplinar para mulheres gestantes ou com filhos ou em período de amamentação (Regra 22) e de instrumentos de contenção para mulheres em trabalho de parto (Regra 24).

⁹ EUROPEAN PARLIAMENT. Resolution of 13 March 2008. Disponível em < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0102+0+DOC+XML+V0//EN>> Acesso em 07 de junho de 2019.

¹⁰ CNJ. Regras de Bangkok. Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Disponível em << <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

No que se refere ao ambiente carcerário, as regras preveem, ainda, a adoção de um regime prisional flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos (Regra 42).

Também a individualização da pena deve ser condicionada pela questão da prole, cabendo a aplicação de penas não privativas de liberdade para gestantes e mulheres com filhos dependentes, sempre que possível e apropriado, reservando-se a pena de prisão aos casos de crime grave ou violento ou quando a mulher representar ameaça contínua (Regra 64).

No âmbito das regras aplicáveis a todas as mulheres, destacam-se as normas que determinam a alocação das mulheres presas em locais nos quais estejam disponíveis instalações materiais exigidas para satisfazer as necessidades de higiene específica das mulheres (Regra 5) e a realização de exame médico que inclua avaliação ampla de saúde, inclusive presença de doenças sexualmente transmissíveis, além da necessidade de cuidado com a saúde mental, transtorno de estresse pós-traumático risco de suicídio e de lesões autoinfligidas, dependência de drogas, abuso sexual ou outras formas de violência que possam ter ocorrido após o ingresso (Regra 6).

Ainda no que se refere à saúde, ficou estabelecido que deve ser disponibilizado serviço de atendimento médico voltado especificamente para mulheres, especialmente em reação às necessidades de saúde mental, garantindo-se acesso a programas de saúde mental sensíveis às questões de gênero e centrados na compreensão de traumas (Regra 12).

A Regra 13 é especialmente enfática quanto à necessidade de proteção da mulher ao determinar que os funcionários da prisão deverão ser alertados dos momentos em que as mulheres possam sentir especial angústia, para que sejam sensíveis à situação e assegurem que elas recebam apoio adequado.

No que tange à segurança e vigilância, destaca-se a vedação de sanções disciplinares que impliquem proibição de contato com a família, de isolamento para mulheres gestantes ou com filhos ou em período de amamentação, bem como de uso de contenção em mulheres em trabalho de parto (Regras 22, 23 e 24).

Mulheres vítimas de abusos foram expressamente contempladas pela Regra 25, que estabeleceu a necessidade de orientação e aconselhamento em caso de abuso sexual.

Mereceram especial destaque as questões da individualização da pena e da classificação das presas condenadas.

Deve ser levado em conta, na avaliação de risco e classificação, que as mulheres presas criam menores riscos e que medidas disciplinares rigorosas e altos graus de isolamento são especialmente nocivos (Regra 41 (a)).

Deve ser assegurado, ainda, que as mulheres que necessitem de atenção à saúde mental sejam acomodadas em locais não restritivos e cujo nível de segurança seja o menor possível (Regra 41 (d)).

No que diz respeito ao regime penitenciário, dispõe a Regra 42 que as mulheres presas deverão ter acesso a um programa amplo e equilibrado de atividades que considerem as necessidades específicas de gênero, devendo haver prestação de serviços adequados para presas que necessitem de apoio psicológico, especialmente aquelas que tenham sofrido abusos físicos mentais ou sexuais.

No que tange à individualização da pena, merece especial destaque a Regra 57, segundo a qual o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras deverão ser orientados pelas Regras de Tóquio, introduzindo-se nos sistemas jurídicos nacionais opções específicas de medidas despenalizadoras para mulheres e alternativas à pena de prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado.

Nesse sentido, a Regra 58, que estabelece a necessidade de utilização de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão sempre que apropriado e possível, tem em vista que mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares.

Quanto à determinação da medida da pena, por sua vez, foi determinado que os juízes devem ter discricionariedade de considerar fatores atenuantes, levando em conta as responsabilidades de cuidado das mulheres e o contexto característico.

No âmbito do direito de execução penal, as necessidades específicas de reintegração social e as responsabilidades de cuidado das mulheres presas deverão ser observados favoravelmente nas decisões sobre livramento condicional.

A revisão das Regras Mínimas para tratamento de Presos, consubstanciada nas Regras de Mandela, também incorporou diversos dispositivos prevendo a proteção de direitos de mulheres privadas de liberdade, como por exemplo a garantia de manutenção em estabelecimentos ou locais separados fisicamente.¹¹

As especificidades do encarceramento feminino e a necessidade de proteção dos direitos das mulheres privadas de liberdade vêm pautando também a atuação das instituições de monitoramento internacional dos locais de detenção, como, por exemplo, o Comité de Prevenção à Tortura (CPT) do Conselho Europeu.

¹¹ CNJ. Regras de Mandela. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

Assim, diversas recomendações do CPT levaram em consideração as necessidades femininas ligadas à maternidade, e, além disso, que as mulheres podem ser vítimas de violências físicas sexuais ou psicológicas, inclusive violência doméstica, antes do ingresso na prisão, além de apresentarem necessidades de cuidado mental, dependência de álcool ou drogas e carências particulares em matéria de cuidados de saúde.

Nessa perspectiva, o CPT recomenda, por exemplo, que as mulheres sejam acolhidas em estabelecimentos distintos dos masculinos ou em locais fisicamente separados daqueles que abrigam homens, salvo quando for permitido compartilhar um alojamento buscando uma vida similar à vida familiar extramuros.¹²

O CPT recomenda, ainda, que as mulheres não sejam mantidas em regimes excessivamente estritos, tendo em vista o baixo grau de risco que representam e suas necessidades específicas, as quais demandam flexibilidade.¹³

A situação da mulher privada de liberdade foi contemplada, também, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), na medida em que entende por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, mesmo na esfera pública e se perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra (artigos 1 e 2).¹⁴

Constata-se, portanto, uma evolução normativa no sentido de se reconhecer as especificidades do encarceramento feminino e se adequar as

¹² COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINES OU DÉGRADANTS (CPT). 10e Rapport Général d'activités du CPT. Strasbourg, 18 août 2000. Parágrafo 24. Disponível em < <https://rm.coe.int/1680696aac>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

¹³ COMITÉ EUROPÉEN POUR LA PRÉVENTION DE LA TORTURE ET DES PEINES OU TRAITEMENTS INHUMAINES OU DÉGRADANTS (CPT). Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT) du 28 janvier au 2 février 2015. Parágrafo 43. Disponível em < <https://rm.coe.int/16806973da>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, Convenção de Belém do Pará**” (Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembleia Geral). Disponível em < <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em 07 de junho de 2019. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) baseou-se na Convenção de Belém do Pará como instrumento de proteção de mulheres privadas de liberdade na Resolução Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_181_esp.pdf>. Acesso em 07 de junho de 2019.

regras de tratamento das mulheres presas às suas necessidades, não só no que se refere à questão da maternidade, mas em relação às necessidades inerentes à condição de mulher como um todo.

Identifica-se, além disso, uma tendência de se promover a redução do uso da prisão de mulheres, seja preventivamente ou como pena, por meio da ampliação dos institutos despenalizadores, não só em razão da maternidade, mas em razão das características do encarceramento feminino, notadamente a pouca gravidade dos delitos praticados por mulheres e a restrita conflitividade no cárcere.

Em que pese o notável avanço na legislação internacional, tem sido percebida a falta de efetividade das normas acima apontadas, tendo em vista que o caráter minoritário do grupo em questão dificulta a real implementação das regras impostas.

Por outro lado, o importante crescimento da população carcerária feminina nas últimas décadas indica a necessidade de introdução de novas diretrizes político-criminais baseadas nas características específicas do encarceramento feminino, para abranger não só as normas de execução penal e prisão cautelar, mas os processos de criminalização primária e secundária como um todo.

Como bem ponderado por Dorado, as razões de prevenção especial não justificariam o ingresso da maioria das mulheres no cárcere, tendo em vista as características da criminalidade feminina e as circunstâncias pessoais das mulheres (Dorado, 2018).¹⁵

Assim, tem se apontado a necessidade de desenvolver uma política criminal orientada pela perspectiva de gênero, implementando-se reformas legislativas para reformular normas penais e processuais penais, propondo-se, por exemplo, a reestruturação de institutos, como a culpabilidade e a legítima defesa, bem como das normas de individualização da pena e imposição de custódia cautelar.¹⁶

¹⁵ DORADO, Carmen Juanatey. Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 20-10.2018. Disponível em <<<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>>> Acesso em 04/06/2019.

¹⁶ De acordo com Hudson, o conceito de culpabilidade poderia ser ampliado de forma que se reconheça que o autor pode agir racionalmente mas nos limites de diferentes possibilidades de escolha, sendo que, quanto menos possibilidades menor a responsabilidade. Assim “(...) para mulheres isso incluiria circunstâncias como ser controlada por homens que só dão dinheiro se ela se envolver em prostituição ou furto (...)” entre outros. Sobre o tema ver HUDSON, Barbara. Gender Issues in penal policy and penal theory. In CARLEN, Pat. Women and Punishment: The Struggle for Justice. London: Rutledge, 2002. p. 55

Direitos das mulheres privadas de liberdade no Brasil

Uma breve análise dos índices de encarceramento feminino no Brasil revela que o quadro nacional segue os padrões encontrados na maioria dos países, isto é, constata-se um crescimento acentuado da população carcerária feminina e a maioria das mulheres encontra-se encarcerada por crimes praticados sem violência.

Além disso, a maioria delas está presa cautelarmente ou cumprindo pena nos regimes de execução mais restritivos (fechado e semiaberto), embora a proporção de reincidência entre as mulheres presas seja inferior à dos homens.¹⁷

No âmbito interno, a proteção dos direitos das mulheres presas encontra amparo no texto constitucional, em diversos dispositivos específicos nos Códigos Penal, Processual Penal e na Lei de Execuções Penais, além de algumas resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP).

Assim, a Constituição da República estabelece que a pena será cumprida em estabelecimentos distintos conforme o sexo (art. 5º, XLVIII) e que às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (art. 5º, inciso L).

A Lei de Execução Penal, por sua vez, foi aditada para incorporar diversos direitos específicos das mulheres presas, como o acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido (art. 14, parág. 3º), ensino profissional adequado à sua condição (art. 19, parág. único); o recolhimento em estabelecimento próprio à sua condição (art. 82, parág. 1º); estabelecimentos penais dotados de berçário,

¹⁷ O crescimento da população carcerária feminina tem superado o índice de aumento da população masculina. Nos últimos 12 anos, o número de mulheres encarceradas cresceu 256%, enquanto o número de homens teve um crescimento médio de 130%. No que se refere aos crimes que ensejam a privação da liberdade, o tráfico de drogas representa a grande maioria (62%), seguido de roubo (11%) e furto (9%). Quanto ao regime de execução da pena privativa de liberdade, segundo levantamento do DEPEN do Ministério da Justiça (2016), a maioria das mulheres encontrava-se presa cautelarmente (45%), cumprindo pena em regime fechado (32%) e em regime semiaberto (16%). Segundo estudo do Instituto de Pesquisa, as mulheres privadas de liberdade representam apenas 1,5% da população prisional de reincidentes, sendo que a proporção de mulheres na população não reincidente é sete vezes maior. DEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização Junho de 2016. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 13 de junho de 2019. DEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2019. IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: 2015.

onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade (art. 83, parág. 2); penitenciária dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa (art. 89); requisitos especiais para obtenção de progressão de regime no caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência (art. 112, parág. 3º); recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental ou condenada gestante (art. 117).

No Código de Processo Penal, o art. 292 veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante os atos médico-hospitalares preparatórios para a realização do parto e durante o trabalho de parto, bem como durante o período de puerpério imediato; o art. 318 prevê a substituição da prisão preventiva no caso da mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, desde que não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa e que não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente; o art. 766 prevê a internação das mulheres em estabelecimento próprio ou em seção especial.

O Código Penal garante à mulher a execução da pena privativa de liberdade em regime especial, em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal (art. 37).

As Regras Mínimas Para o Tratamento de Presos do CNPCP preveem, por sua vez, que o estabelecimento prisional destinado a mulheres disporá de dependência dotada de material obstétrico para atender à grávida, à parturiente e à convalescente sem condições de ser transferida a unidade hospitalar para tratamento apropriado, em caso de emergência (art. 17); que no deslocamento de mulher presa a escolta será integrada, pelo menos, por uma policial ou servidora pública (art. 30).

Além dos dispositivos citados, tem se editado decretos presidenciais de indulto aplicáveis somente às mulheres, com significativa redução dos requisitos objetivos para a extinção da punibilidade.¹⁸

A evolução no reconhecimento dos direitos da mulher privada de liberdade pode ser observada também na jurisprudência dos tribunais superiores, notadamente, no entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, ao conceder ordem de *habeas corpus* coletivo em nome de todas

¹⁸ BRASIL. Decreto de 12 de abril de 2017. Concede indulto especial e comutação de penas às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães, e dá outras providências. Publicado no DOU de 13.4.2017. BRASIL. Decreto n. 9.371 de 11 de maio de 2018. Concede indulto especial e comutação de pena às mulheres presas que menciona, por ocasião do Dia das Mães. publicado no DOU de 11.5.2018.

as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até 12 anos de idade ou que tenham sob custódia pessoas com deficiência, para substituir a prisão preventiva por prisão domiciliar, em todos os casos, salvo nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça ou contra os próprios filhos (HC 143.641).¹⁹

A respeito dos inegáveis avanços no sentido do reconhecimento dos direitos das mulheres privadas de liberdade, nota-se uma significativa defasagem da legislação interna em relação à normativa internacional.²⁰

Isso porque a maioria dos dispositivos mencionados diz respeito aos direitos das mulheres gestantes, parturientes ou mães de filhos pequenos ou dependentes, não se dispondo de previsões relativas às necessidades femininas inerentes à sua condição, independentemente da questão da maternidade.

A ênfase da evolução normativa tem recaído, portanto, na proteção da mulher no que se refere à maternidade e dos filhos das mulheres presas, contemplando-se a situação da mulher presa apenas como fator necessário à salvaguarda dos direitos das crianças.

A orientação adotada pelo legislador e pela jurisprudência em matéria de encarceramento feminino deixa de levar em consideração diversos aspectos inerentes à situação de peculiar vulnerabilidade da mulher presa.

As reformas legislativas não observaram, por exemplo, a necessidade de se reduzir a utilização da prisão preventiva ou da pena de prisão para mulheres, tendo em vista que oferecem pouco risco à segurança pública ou à ordem e segurança do cárcere, sendo mães ou não.

Assim, aplicam-se às mulheres e homens indistintamente as normas de individualização da pena e custódia cautelar (salvo nos casos relativos à maternidade), não obstante as reconhecidas especificidades do encarceramento feminino.

Além disso, deixaram de levar em conta que o encarceramento feminino é incompatível com regimes disciplinares rígidos, já que há menor necessidade de controle e vigilância e baixa conflitividade.

Não foi estabelecida, tampouco, a obrigatoriedade do fornecimento às mulheres presas de prestações relativas às necessidades especiais de higiene, saúde mental, dependência de álcool e drogas, apoio às vítimas de abusos e violência, entre outras.

¹⁹ STF. HABEAS CORPUS. HC143.641. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJ Nr. 247 do dia 21/11/2018.

²⁰ No sentido do texto ver ARGÜELLO, Katie. Mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Brasil: vulnerabilidades decorrentes da discriminação de gênero. In GIAMBERARDINO, André. DUQUE ESTRADA, Roig. CARVALHO. Salo. (Orgs.). Cárcere sem Fábrica: Escritos em Homenagem a Massimo Pavarini. Rio de Janeiro: Revan, 2019. p. 201.

Além de incompleto, o avanço normativo acima descrito não tem implicado a efetiva proteção dos direitos das mulheres, podendo-se afirmar que os dispositivos citados têm sido aplicados restritivamente nos casos concretos.

No que diz respeito às condições de detenção, a maioria das mulheres cumpria pena em unidades masculinas (74%) e grande parte do restante cumpria pena em estabelecimentos mistos (17%) em 2014, segundo dados obtidos pelo DEPEN do Ministério da Justiça.

Além disso, a maioria das mulheres encontrava-se presa cautelarmente (45%), cumprindo pena em regime fechado (32 %) ou em regime semiaberto (16%).

Dentre as mulheres presas, contava-se um total de 536 gestantes em todo o Brasil, sendo escassos os estabelecimentos com celas para gestantes (55) e berçário (49), creche (9) ou centro de referência materno-infantil (49).²¹

Também no que se refere especificamente ao uso da prisão preventiva, pesquisas regionais e em menor escala revelam uma enorme disparidade entre as disposições normativas e os índices de detenção.

De acordo com dados obtidos em pesquisa realizada com 41 mulheres grávidas e puérperas na Unidade Materno-Infantil (UMI) da Penitenciária Talavera Bruce, no Rio de Janeiro, nos meses de julho e agosto de 2015, 73,2% das presas entrevistadas eram presas provisórias, sendo que a maior parte das presas provisórias estava grávida.²²

Esses resultados foram corroborados pela pesquisa da Defensoria Pública sobre as mulheres presas conduzidas à audiência de custódia na cidade do Rio de Janeiro, no período de agosto de 2018 a janeiro de 2019, tendo-se apurado que 36 % das mulheres grávidas, lactantes e com filhos de até 12 anos permaneceram presas cautelarmente.²³

Embora se trate de estudos realizados em menor escala, os resultados apurados apontam que persiste a pouca efetividade da evolução normativa

²¹ DEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2019. IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa. Rio de Janeiro: 2015.

²² RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. FERNANDES, Maíra Costa. PANCIERI, Aline Curvelo. Mulheres e Crianças Encarceradas: Um Estudo Jurídico-Social sobre a Experiência da Maternidade no Sistema Prisional do Rio de Janeiro. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017. Disponível em < <https://ufjf.academia.edu/LucianaBoiteux>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

²³ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Perfil das mulheres gestantes, lactantes e mães atendidas nas audiências de custódia pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro. Disponível em < <http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/c69419f807354460909ecb20f50d3a66.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

descrita anteriormente, no que diz respeito à efetiva proteção dos direitos das mulheres privadas de liberdade.

Evidencia-se, assim, a necessidade de se criarem mecanismos que assegurem a efetividade das reformas legislativas implementadas para a proteção dos direitos das mulheres presas.

Além disso, mostra-se imprescindível o desenvolvimento de uma abordagem mais ampla, incorporando-se a perspectiva de gênero nas decisões político criminais, não só no que se refere à execução da pena privativa de liberdade, mas abrangendo as normas penais e processuais penais, especialmente no que se refere à individualização da pena e à prisão cautelar, com possibilidade de uma reestruturação de institutos como a culpabilidade e legítima defesa para melhor adequação à situação da vulnerabilidade das mulheres.

Conclusão

Pode-se identificar uma tendência, na legislação internacional, de ampliação progressiva das normas especificamente voltadas para a proteção dos direitos das mulheres privadas de liberdade.

A partir de um movimento inicial marcado pela vedação de discriminação em razão do sexo, desenvolveu-se um movimento de inovações destinadas principalmente à efetiva garantia de direitos relacionados à maternidade, o qual vem ampliando-se para abranger necessidades específicas da mulher privada de liberdade não necessariamente ligadas à maternidade.

No caso brasileiro, porém, os dispositivos voltados para a proteção dos direitos das mulheres privadas de liberdade destinam-se, predominantemente, à proteção dos direitos de grávidas, lactantes e mães de filhos menores de 12 anos.

Em que pese os importantes avanços alcançados na legislação internacional e no direito interno, persiste o crescimento acentuado da população carcerária feminino, agravando-se, por consequência, o quadro de violações dos direitos das mulheres privadas de liberdade.

Identifica-se, portanto, a necessidade de se criarem mecanismos que assegurem a efetividade das normas feitas para a proteção dos direitos da mulheres privadas de liberdade, garantindo-se seu real impacto sobre os níveis de encarceramento e condições de detenção.

Necessário, além disso, é ampliar a discussão, para abranger não só a questão da privação de liberdade, mas a própria aplicação da sanção penal

às mulheres, aprofundando-se ainda mais as reformas legislativas, tanto no âmbito internacional quanto no direito interno.

Trata-se de desenvolver uma abordagem mais completa dos direitos da mulher privada de liberdade, incorporando-se à evolução normativa todas as especificidades da criminalização e encarceramento feminino.

Propõe-se, em outras palavras, a adoção de uma perspectiva de gênero, não só no âmbito da execução penal, mas nas reformas político-criminais como um todo, com investigações e estudos voltados para o desenvolvimento de teorias específicas no que se refere, por exemplo, à individualização da pena, regras de custódia cautelar, culpabilidade e a legítima defesa.

Referências

- ALMEDA, E. (2005) 'Women's imprisonment in Spain', *Punishment and Society*, 7 (2): 183-99.
- ARGÜELLO, Katie. Mulheres encarceradas por tráfico de drogas no Brasil: vulnerabilidades decorrentes da discriminação de gênero. In: GLAMBERARDINO, André. DUQUE ESTRADA, Roig. CARVALHO, Salo. (Orgs.). **Cárcere sem Fábrica: Escritos em Homenagem a Massimo Pavarini**. Rio de Janeiro: Revan, 2019.
- BECERRA *et al.* La perspectiva de genero en la Defensa de Mujeres en El Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno: Un Estudio Exploratorio. **Informe Final de Resultados**. Defensoria Penal Publica, Facultad de Derecho Universidad Diego Portales. Diciembre de 2004.
- BIRON, Louise. Les femmes et l'incarcération, le temps n'arrange rien. *Criminologie*, 25 (1). p/ 119-134.
- BRASIL. (2008). Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres. **Relatório do Grupo de Trabalho Interministerial sobre a Reorganização e Reformulação do Sistema Prisional Feminino**. Brasília.
- _____. (2008). **II Plano Nacional de Políticas para as Mulheres**. 2ª Reimpressão. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres.
- CARLEN, Pat. *Women and Punishment: The Struggle for Justice*. London: Rutledge, 2002.
- _____. WORRALL, Anne. *Analyzing Women's Imprisonment*. London: Rutledge, 2004.
- CNJ. **Regras de Mandela**. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em 08 de junho de 2019.
- CHERNICHARO, Luciana Peluzio. **Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil**. Dissertação de Mestrado apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. 2014.
- Comité Européen Pour La Prévention de La Torture Et des Peines ou Traitements Inhumains Ou Dégradants (CPT)*. *10e Rapport Général d'activités du CPT*. Strasbourg, 18 août 2000. Parágrafo 24. Disponível em < <https://rm.coe.int/1680696aac>>. Acesso em 08 de junho de 2019.
- _____. *Rapport au Gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg relatif à la visite effectuée au Luxembourg par le Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (CPT)* du 28 janvier au 2 février 2015. Parágrafo 43. Disponível em < <https://rm.coe.int/16806973da>>. Acesso em 08 de junho de 2019.

DEPEN. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Atualização Junho de 2016. Disponível em < <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisonal/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen Mulheres**. Disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

DONDERIS, Vicenta Cervelló. Las Prisiones de Mujeres desde una Perspectiva de Género. *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.5, 2006.

DORADO, Carmen Juanatey. Delincuencia y población penitenciaria femeninas: situación actual de las mujeres en prisión en España. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 20-10.2018. Disponível em << <http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-10.pdf>>> Acesso em 04 de junho de 2019.

EUROPEAN PARLIAMENT. *Resolution of 13 March 2008*. Disponível em < <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0102+0+DOC+XML+V0//EN>> Acesso em 07 de junho de 2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **A Perda da Liberdade**: Os direitos dos presos. Artigo disponível em <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo71.pdf> Acesso em 13 de junho de 2019.

GELSTHORPE, Loraine. Counterblast: Women and Criminal Justice: Saying it Again, Again, Again. *The Howard Journal*. Vol. 45. No. 4. September 2006. P. 421-424. Disponível em <<<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2311.2006.00433.x/pdf>>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

HELPE, Sintia. **Vidas em Jogo**: Um estudo sobre mulheres envolvidas com o tráfico de drogas. São Paulo: ICCRIM, 2014.

HUDSON, Barbara. Gender Issues in penal policy and penal theory. In CARLEN, Pat. *Women and Punishment: The Struggle for Justice*. London: Rutledge, 2002. p. 55.

International Center for Prison Studies. *World Female Imprisonment List 4th Edition*. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>>

INSTITUTE ON WOMEN AND CRIMINAL JUSTICE. The Punitiveness Report. *Hard Hit: The Growth in the Imprisonment of Women, 1977-2004*. May, 2006. Disponível em: <<<http://csdp.org/research/HardHitReport4.pdf>>>. Acesso em: 18/06/2015.

INTERNATIONAL CENTER FOR PRISON STUDIES. **World Female Imprisonment List 4th Edition**. Disponível em <<http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_female_prison_4th_edn_v4_web.pdf>> Acesso em 13 de junho de 2019.

IPEA. Reincidência Criminal no Brasil. **Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.

LEMGRUBER, Julita. **Cemitério dos Vivos**: análise sociológica de uma prisão de mulheres. Forense: Rio de Janeiro, 1999.

MIRALLES, Teresa et al. **O Sistema Penal na Cidade do Rio de Janeiro**: Fator Criminológico. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1975.

PEIXOTO, Paula Carvalho. **Vítimas Encarceradas**. São Paulo: IBCrim, 2017.

RODRIGUES, Luciana Boiteux de Figueiredo. FERNANDES, Máira Costa. PANCIERI, Aline Curvelo. **Mulheres e Crianças Encarceradas**: Um Estudo Jurídico-Social sobre a Experiência da Maternidade no Sistema Prisional do Rio de Janeiro. Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017. Disponível em <<https://ufjf.academia.edu/LucianaBoiteux>>. Acesso em 13 de junho de 2019.

- SOARES, Bárbara Musumeci e ILGENFRITZ, Iara. **Prisioneiras: Vida e Violência** atrás das Grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.
- TONRY, Michael. *Sentencing Fragments: Penal Reform in America, 1975-2025*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 1038.
- YOUNG, Warren; BROWN, Mark. Cross National Comparisons of Imprisonment. *Crime and Justice*. Chicago, Vol. 17, 1993, p. 1-49; CAVADINO, Mick; Dignan, James. *Penal Systems: A Comparative Approach*. SAGE Publications, 2014. Edição Kindle.
- ZEDNER, Lucia. Women Crime and Penal Responses: A historical Account. *Crime and Justice*, Chicago, Vol. 14 1991, p. 307-362. Disponível em <<<http://jstor.org/stable/1147464>>>. Acesso em 18/08/2015.

Apontamentos sobre a tutela jurídica dos migrantes venezuelanos no Brasil

Ana Paula Teixeira Delgado¹

Resumo

No mundo contemporâneo, a questão das migrações forçadas, embora não seja nova, constitui grave problema para diversos Estados e para as pessoas que participam desses fluxos, as quais, não raro, são privadas do exercício de direitos e da assimilação na comunidade política do Estado receptor. O presente artigo visa analisar os aspectos jurídicos da migração de venezuelanos no Brasil, após o acirramento da crise político-econômica no país. A metodologia empregada foi dedutiva, utilizando pesquisa bibliográfica, documental e exposições empíricas. Embora a Convenção de 1951 tenha inaugurado uma fase de construção da proteção jurídica internacional dos refugiados, ela não apresenta respostas a problemas atuais que levam indivíduos a fugir de seus países, como é o caso de violência generalizada e da falta total de condições de alguns Estados em prover dignidade ao seu povo. Trata-se do caso de venezuelanos, que migraram para o Brasil após 2014, em face da grave crise que atravessa o país. Seguindo a definição jurídica tradicional da Convenção, o Comitê Nacional para Refugiados no Brasil não os reconheceu como tais, o que os desproveu de proteção jurídica institucionalizada. Acredita-se que cada nova abordagem referente à dinâmica das migrações forçadas ampliará os parâmetros de compreensão sobre os desafios trazidos por este tema, que reclama mais do que figuras retóricas.

Palavras-chave: Venezuelanos; refugiados; direitos humanos.

Abstract:

In the contemporary world, the issue of forced migration, while not new, is a serious problem for many states and for those who participate in these flows, who are often deprived of the exercise of rights and assimilation into the political community of the state receptor. This article aims to analyze the legal aspects of Venezuelan migration in Brazil, after the worsening political-economic crisis in the country. The methodology employed was deductive, using bibliographic research, documentary and empirical expositions. Although the 1951 Convention inaugurated a phase of building

¹ Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada. Coordenadora Nacional dos Cursos de Pós-graduação *se* em Direito da Universidade Estácio de Sá. Pesquisadora integrante do Programa Pesquisa Produtividade da Universidade Estácio de Sá. Professora de Direito Internacional e de Direitos Humanos dos Cursos de Graduação e Pós-graduação da Universidade Estácio de Sá. Membro associado à Law and Society Association - LSA. Professora do Centro Universitário de Volta Redonda.

international legal protection for refugees, it does not provide answers to current problems that lead individuals to flee their countries, such as widespread violence and the total lack of conditions in some states. in providing dignity to his people. This is the case of Venezuelans, who migrated to Brazil after 2014, due to the severe crisis that is going through the country. Following the traditional legal definition of the Convention, the National Refugee Committee in Brazil did not recognize them as such, which deprived them of institutionalized legal protection. It is believed that each new approach to the dynamics of forced migration will broaden the understanding parameters of the challenges brought by this theme, which calls for more than rhetorical figures

Keywords: Venezuelans; refugees; human rights.

Introdução

O presente trabalho é devotado à análise da tutela jurídica dos venezuelanos que migraram para o Brasil após o acirramento da crise política, social e econômica em 2014. Tal análise é realizada sob a perspectiva do ordenamento interno, por meio da releitura da política e da normativa migratória brasileira. O tema se mostra de relevância por se tratar de um fluxo de migração que vem crescendo exponencialmente nos últimos três anos. Cerca de 50.000 venezuelanos ingressaram e permaneceram no Brasil de 2014 a fevereiro de 2018. O Brasil tornou-se alternativa de vida para boa parte dos venezuelanos, os quais vieram em busca de recomeço, mas a condição de refugiados não lhes foi reconhecida, a despeito de estarem presentes os requisitos legais para sua concessão, o que contribuiu para torná-los cada vez mais invisíveis aos olhos da sociedade e das instituições brasileiras, situação que viola o princípio da dignidade de pessoa humana.

Embora tenha sido forjado um sistema internacional de proteção dos refugiados a partir da Convenção de 1951, é inegável que esse sistema não apresenta respostas ao gravíssimo problema dos refugiados nos dias atuais, tampouco permite a proteção a outros movimentos migratórios, como os decorrentes de catástrofes ambientais e de negação pelos Estados de oportunidades de subsistência viáveis para as condições mais básicas de vida.

Verifica-se a necessidade de estender o conceito teórico de refugiado à luz das novas características e riscos apresentados pela globalização. A ortodoxia interpretativa e o formalismo normativo afetam a efetividade dos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais, além de se constatar que, no plano interno, o não reconhecimento da condição de ‘refugiado’ para este segmento contradiz obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, ferindo o princípio *pacta sunt servanda*.

A admissão desses migrantes no Brasil, e a maneira como essa situação tem sido tratada, revela a fragilidade das instituições públicas nacionais no que concerne a lidar com questões migratórias, além de traduzir a debilidade da política migratória no Brasil. Apesar da grave situação, observa-se que esse tema não tem merecido a relevância que lhe é devida. A literatura jurídica analítica é escassa e não tem dispensado atenção à presente temática, seja como objeto de construção teórica ou mesmo na prática. Depreende-se daí a necessidade de se proceder a uma investigação da proteção jurídica dos migrantes venezuelanos, nos seus aspectos internos e externos.

Acredita-se que cada nova abordagem referente à dinâmica das migrações forçadas, em especial, ao caso singular do fluxo de venezuelanos no Brasil, ampliará mais os parâmetros de compreensão acerca de suas consequências e dos desafios trazidos por tão instigante tema, que reclama mais do que figuras retóricas.

1. Venezuelanos no Brasil

A imigração venezuelana para o Brasil constitui um caso atípico, pois sua causa não remonta à ocorrência de conflitos armados ou à perseguição por razões de ordem política, religiosa ou étnica, mas a uma profunda crise humanitária que a Venezuela atravessa. O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil teve início em 2014, após o acirramento da crise, que começou a adquirir maior expressão do final de 2015. Através do ideal bolivariano de Hugo Chaves, foram propostas transformações em âmbito, político, econômico e social, tais como reforma agrária, restrição da participação de multinacionais na exploração de petróleo e autorização para o regime de cogestão entre o Estado e funcionários a fim de reerguer empresas falidas, dentre outras medidas de cunho nacionalista, que desagradaram setores conservadores do país.

Em 2009, portanto, antes de Nicolas Maduro assumir, ocorreu grave crise petrolífera, produto principal da economia venezuelana, o que trouxe uma série de impactos até os dias atuais. Em contexto de extrema polarização, a Venezuela tem sucumbido a uma profunda crise, com desdobramentos sociais, políticos e econômicos gravíssimos e tem se demonstrado incapaz de prover a dignidade e as necessidades básicas de seus cidadãos. Grande parte dos venezuelanos que chegam ao Brasil informam que não possuem recursos financeiros para adquirir medicamentos, insumos médicos básicos e alimentos, primeiramente, em razão de os preços estarem muito altos. Famílias de classe média, devido ao empobrecimento da população, não possuem mais condições de adquirir produtos, ainda que básicos, sujeitos ao controle de preços do

governo. O segundo fator, mais recorrente, deve-se à falta destes produtos no mercado, tendo em vista que os estoques estão extremamente reduzidos no país, de tal forma que muitos venezuelanos não conseguem prover o sustento de suas famílias, tampouco obter assistência médica adequada. A já grave situação da população é potencializada no caso dos indígenas da tribo *warao*, um dos povos mais antigos que habitam o Delta do Orinoco, no nordeste da Venezuela, que se encontra em condições de extrema vulnerabilidade.

A despeito de o governo venezuelano negar a existência de crise no país, ao final do mês de março de 2017, o presidente Nicolás Maduro solicitou cooperação à Organização das Nações Unidas para obter medicamentos. Em âmbito interno, em meio à instabilidade política e econômica, também não são verificadas medidas para melhorar as condições de vida das pessoas. Políticas públicas não são implementadas para reduzir os riscos sociais aos quais a população tem sido exposta, o que certamente desencadeará crescimento do fluxo de migrantes para os Estados vizinhos, como Colômbia e, em especial, o Brasil.

O ingresso de venezuelanos no Brasil se dá por meio da fronteira entre Santa Elena de Uairén, na Venezuela, e a pequena cidade de Pacaraima, no Brasil. Entretanto, muitos venezuelanos ingressam de modo clandestino ao longo da uma fronteira terrestre de 2.200 quilômetros de extensão entre os dois países. Em geral, os venezuelanos saíram de Caracas, capital da Venezuela, e de nove estados – Aragua, Anzoátegui, Bolívar, Carabobo, Mérida, Miranda, Monagas, Sucre e Zulia.

Cerca de 50.000 venezuelanos ingressaram e permaneceram no Brasil desde 2014. A partir desse ano, o número de venezuelanos que ficaram no Brasil aumentou mais de cinco vezes, alcançando 7.150 pessoas durante os onze primeiros meses de 2016.²

Os venezuelanos em sua maioria têm migrado para o Brasil, porque não possuem acesso à assistência médica e não possuem recursos para adquirir alimentos, os quais são bastante limitados. Trata-se de caso de migração por sobrevivência. Alexander Betts denomina como “*survival migration*” essa situação.³ Diz respeito a uma categoria de migrações forçadas em razão do medo e do desespero de continuar (sobre)vivendo em Estados falidos, em situação de colapso político e econômico, que impede os cidadãos de desfrutarem de seus direitos mais básicos, razão pela qual deveriam ser tratados como refugiados, ainda que não se configure a perseguição individualizada, conforme previsto na Convenção de 1951:

² “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil”. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>. Acesso em: 15.05.2017.

³ BETTS, Alexander. *State fragility, refugee status and 'survival migration'*. *Forced Migration Review*. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fragilestates/betts.pdf>>.

People who are outside their country of origin because of an existential threat for which they have no access to a domestic remedy or resolution – whether as a result of persecution, conflict or environmental degradation, for example – might be referred to as ‘survival migrants’.³ What matters is not the particular cause of movement but rather identifying a threshold of fundamental rights which, when unavailable in a country of origin, requires that the international community allow people to cross an international border and receive access to temporary or permanent sanctuary. (BETTS, p.5)

Não obstante, na concepção do regime jurídico dos refugiados, tenha sido previsto que a definição iria evoluir ao longo do tempo com vistas a adaptar-se às condições presentes, ainda não é dada a devida proteção aos chamados migrantes por sobrevivência, posto que não se ajustam à definição ortodoxa da Convenção de 1951. A lacuna existente no tocante aos movimentos migratórios forçados, que se enquadram fora do entendimento convencional de perseguição, seria suprida através de acordos suplementares por meio da jurisprudência dos Estados ou, ainda, através da extensão das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entretanto, observa-se que tal extensão é insuficiente e não cria, por si só, obrigação legal dos Estados com relação àqueles que migram por sobrevivência em virtude de privação da própria dignidade, tampouco prevê mecanismos para assegurar que os direitos deles sejam efetivos. Com relação a essas categorias de migrantes, a proteção fica condicionada à política e não à lei, pelo que é arbitrária e inconsistente.

No caso dos deslocamentos forçados em contextos pacíficos, motivados pela falência e por colapso dos Estados, tal não constitui causa menos grave do que aquelas previstas na Convenção de 1951, razão pela qual se aduz que a perseguição não pode ser concebida como requisito essencial à condição de refugiado e à sua consequente proteção jurídica.

Nessa perspectiva, considerando que o indivíduo desprovido de sua dignidade é incapaz de sobreviver sem deixar o país, não há sentido em conceber a perseguição como requisito para que se configure a situação de refugiado. Betts alerta que, no mundo atual, há a tendência de que menos pessoas fujam de perseguições resultantes de atos dos Estados, ao passo que será maior o fluxo migratório de indivíduos vítimas das privações de direitos resultantes de omissões de Estados.

Neste contexto, para Rotberg, os Estados entram em falência devido à total impossibilidade de fornecer “*political goods*” para os seus habitantes. De acordo com tal formulação, vários aspectos contribuem para isso, entretanto, aquele que assume maior importância para a configuração da falência de um Estado é a incapacidade de prover a segurança, em especial, a humana,

considerada aí como o bem político maior, dotado de hierarquia superior aos demais bens políticos.⁴

A supressão ou sucateamento de outros bens políticos – a saber: liberdade civil e política, direitos humanos, saúde pública e educação,⁵ a chamada “*knowledge good*”; estradas, ferrovias e portos; sistema econômico e financeiro e, por fim, a disseminação da violência – configuram Estados fracos, em processo de falência. A presença de alto índice de corrupção, considerada endêmica, também caracteriza Estados fracos, falidos e/ou em processo de falência.

Em 2016, cerca de 7.600⁶ venezuelanos foram atendidos em hospitais no estado de Roraima. Dado o aumento crescente de pacientes venezuelanos nas pequenas cidades brasileiras da fronteira, insumos médicos essenciais estão se tornando escassos. Os hospitais públicos, que já apresentavam *déficits* de atendimento, tendem a entrar em colapso. Muitos migrantes venezuelanos estão com a saúde debilitada, posto que suas doenças foram agravadas pela falta de assistência na Venezuela. Muitos são portadores de HIV, de pneumonia e de malária.

Há ainda que se ressaltar que grande parte desses migrantes venezuelanos estão fadados à mendicância e à exploração, quando não são deportados. Em 2016, a Polícia Federal deportou 540 venezuelanos e deteve aproximadamente 450 venezuelanos indígenas, incluindo por volta de 200 crianças, que dormiam na rua de um mercado da capital.⁷ Nesse contexto, é imperioso ressaltar que a nova Lei de Migração sancionada em maio de 2017 veda a deportação em massa, conforme previsto em seu art. 61: “Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas”, considerada como aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa.

Com relação à área da saúde, o governo de Roraima está construindo dois novos hospitais. Tais hospitais contribuirão para o aumento de leitos, todavia essa medida está longe de ser vista como uma política eficaz no que diz respeito à assimilação e inclusão dos venezuelanos que chegam a Roraima com frequência.

⁴ ROTBERG, 2004, p. 3. Há uma hierarquia de bens políticos. Nada é tão crítico como o fornecimento de segurança, em especial, de segurança humana.

⁵ Id., *Ibid.*, p. 4.

⁶ Ministro diz que Brasil se prepara para receber refugiados da Venezuela. <http://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-05/ministro-diz-que-brasil-prepara-plano-para-receber-refugiados-da>

⁷ “MP contra exploração de venezuelanos”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2016/10/mp-faz-operacao-contras-exploracao-de-venezuelanos-na-fronteira-de-rr.html>>. Acesso em: 20/05/2017.

Em que pese o estado de Roraima ter criado o Gabinete Integrado de Gestão Migratória, formado por várias autoridades locais para elaborar políticas públicas a fim de responder ao impacto da imigração venezuelana no estado, dentre elas o Centro de Referência ao Imigrante para apoiar imigrantes, as dificuldades persistem, em razão da falta de condições para assimilar e integrar venezuelanos à sociedade. Essas informações denotam que as políticas públicas referentes a migrantes e refugiados são extremamente tímidas e praticamente ineficazes.

Ao longo de 2017, o fluxo de venezuelanos se intensificou, alcançando o número de 700 a 800 ingressantes por mês. Apenas no primeiro mês de 2018, entraram 10 mil venezuelanos, contra 40 mil em 2016, grande parte em situação ilegal. Dado o agravamento da situação foi editada a Medida Provisória 820 (MP 820), em 16 de fevereiro de 2018, a qual decretou “estado de calamidade social” no Estado de Roraima, fundamentada na situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório provocado por crise humanitária. Em que pese a edição da medida provisória, infere-se que houve grande morosidade da União em adotar providências destinadas a conter a crise migratória em Roraima, tema que, dada a gravidade, transcende há muito os interesses apenas do estado. A Medida Provisória estabeleceu que a situação de vulnerabilidade decorrente de fluxo migratório deve ser reconhecida em decreto presidencial, o que foi objeto do Decreto 9.285/18, publicado na mesma data da MP.

Entre os temas contemplados na Medida Provisória estão a necessidade da implementação de medidas de assistência emergencial para acolhimento dos migrantes, priorização de políticas de proteção social, atenção à saúde, oferta educacional, garantia de direitos humanos, logística de distribuição de insumos, entre outras, além do fortalecimento do controle de fronteiras e o apoio à mobilidade e distribuição dos venezuelanos por outros estados brasileiros. A mobilidade, cunhada de “interiorização”, dependerá da manifestação prévia da vontade dos venezuelanos de irem para outros estados. A MP também determina que as despesas com as medidas assistenciais correrão por conta dos orçamentos dos órgãos envolvidos na ajuda humanitária. O governo poderá adotar procedimentos e formas de transferência de recursos e contratação de serviços mais rápidos.

Outro ponto de destaque na MP foi a previsão de criação do Comitê Federal de Assistência Emergencial, que vai coordenar as políticas públicas a serem adotadas pelo governo federal para atender os migrantes venezuelanos em situação de vulnerabilidade. O Decreto 9.286/18, também publicado em 16 de fevereiro de 2018, regulamenta o Comitê, que será integrado por doze ministros.

2. Fundamentos Constitucionais para concessão de refúgio no Brasil

No que concerne ao refúgio no Brasil, encontram-se fundamentos constitucionais para sua concessão. Conforme mencionado, a cláusula geral de proteção à pessoa humana, contida no art.1º, III, norteia todo o direito ao refúgio, bem como quaisquer diplomas normativos que com ela não se coadunem. Nesse passo, Pietro Alarcón sustenta que qualquer ato ou norma que mitigue o direito ao refúgio poderá ser declarado inconstitucional:

(...) duas questões devem ser frisadas: a) o princípio da dignidade humana, consagrado na CF de 1988, rejeita qualquer pretensão de vir a converter a migração em um delito. Assim, será inconstitucional qualquer ato normativo que determine o delito de migração ou que pretenda tornar o migrante, pelo fato de ser migrante, um delinquente; b) O direito ao refúgio deve ser interpretado de maneira que não caberá uma decisão negativa ao requerimento quando esta coloque em risco a vida e liberdade do indivíduo, é dizer, quando a negação conduza à pena de morte ou à prisão juridicamente injustificada.⁸

O princípio constitucional da solidariedade também fundamenta a proteção jurídica interna aos refugiados. A solidariedade está presente no art. 3º, I, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A solidariedade implica o dever de cooperação de todos como poderoso instrumento para eliminar os obstáculos que obstem o desenvolvimento humano, com vistas a mitigar a pobreza e todas as iniquidades sociais. Nesse passo, a despeito de a solidariedade ser mencionada apenas no inciso I, depreende-se também da leitura dos demais incisos – garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos e discriminação.

Para que todos os objetivos fundamentais elencados no art. 3º do texto constitucional sejam alcançados, é indispensável que haja responsabilidade recíproca entre as pessoas, não individualmente, mas para com o coletivo, o que reflete uma perspectiva distributiva e includente do ponto de vista social e, também, registre-se, implica a aceitação das diversidades, conforme preceitua o inciso IV do citado dispositivo - “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁸ ALARCON, Pietro de Jesus Lóra. Valores constitucionais e Lei 9.474 de 1997. In: RAMOS, André de Carvalho; RODRIGUES, Gilberto; ALMEIDA, Guilherme Assis de (orgs.). **60 anos de ACNUR: perspectivas de futuro**. São Paulo: Ed. CL-A Cultural, 2011, p.123.

Anthony Giddens⁹ destaca a necessidade de reconstrução da solidariedade social como meio para possibilitar a aquisição do poder. Para Giddens, o Estado de Bem-Estar desenvolvido após a Segunda Grande Guerra, revestiu-se de importância no combate à pobreza e à redistribuição de renda. No entanto, as diversas medidas praticadas com o fito de distribuir a renda nas sociedades não foram suficientes para reconciliar a autonomia e a interdependência nos campos social e econômico, uma vez que a sociedade continua a ser caracterizada por classes. Tal reconciliação só pode ser obtida por meio de elevado sentimento de solidariedade social, que será capaz de despertar maior consciência nos cidadãos de seu papel na sociedade, conduzindo-os assim à aquisição do poder.

A solidariedade que se extrai do texto constitucional incorpora o dever de auxiliar os menos favorecidos e de olhar e respeitar o outro como igual, apesar das diferenças que existem. Nesse contexto, a solidariedade e a aceitação da diversidade são indissociáveis. Não há que se falar em solidariedade sem que haja o reconhecimento da pluralidade. Em sociedades marcadas pela desigualdade, o respeito à solidariedade e às diferenças é requisito para que haja maior harmonia e desenvolvimento, considerados aí todos os seus aspectos. Desse modo, o respeito à pluralidade é condição de possibilidade para que seja alcançada uma sociedade livre, justa e solidária.

Para Giddens, a diferença entre os sexos, cultura, etnia, comportamento e personalidade constitui uma forma de hostilidade. Nesse diapasão, todo meio de discriminação e intolerância aos migrantes – voluntários ou não – é uma forma de constrangimento e viola a Constituição da República. Nesse passo, ele afirma que o diálogo é um antídoto contra a violência. A necessidade de uma democracia dialógica se faz premente para a criação de entendimentos e do desenvolvimento de solidariedade mútuos.¹⁰

O princípio constitucional da solidariedade é corolário do princípio da dignidade, pois sem a solidariedade nas relações humanas não há que se falar em respeito ao outro, em justiça social e desenvolvimento em seus diversos aspectos (cultural, social e econômico). A solidariedade no caso específico do refúgio permite ações para além da proteção, como a implementação de mecanismos de integração por parte do Governo e da sociedade brasileira.

Nessa óptica, também é preciso agregar a tolerância à solidariedade, implícita ao art. 1º, V, da Constituição, que estabelece o respeito ao pluralismo como fundamento do Estado, além do mencionado art. 3º, IV, que define a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de

⁹ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e direita**. São Paulo: UNESP, 1996, p.21.

¹⁰ GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e direita**. São Paulo: UNESP, 1996, p.275.

discriminação, como um dos objetivos fundamentais da República. Pela interpretação do texto constitucional, infere-se que a falta de aceitação daquele que é diferente e, no caso aqui abordado, do migrante, é totalmente refutada.

Argumentos contra a tolerância e a aceitação são construídos com base em crises econômicas e políticas, contudo não encontram amparo constitucional para justificar atos e medidas que impliquem a discriminação a quaisquer pessoas e grupos, sobretudo aqueles considerados minoritários e vulneráveis, como é o caso de refugiados recebidos em nosso país, que objetivam reconstruir suas vidas com um mínimo de condições de dignidade.

Em julho de 1997, a lei foi promulgada e publicada, representando um marco na proteção dos refugiados no Brasil. Sua principal característica é a ampliação da definição de refugiado, dando um passo além em direção à maior proteção, comparativamente à Convenção de 1951. Imbuída do “espírito de Cartagena”, a lei exterioriza a necessidade de serem protegidas também as pessoas vítimas de graves e generalizadas violações de direitos humanos, além das causas clássicas mencionadas na Convenção de 1951, que levam à solicitação de refúgio. Neste contexto, durante a apreciação do pedido individual de refúgio, confere-se maior importância à análise da conjuntura política e institucional do país.

Diante destas considerações, Guilherme Assis de Almeida destaca que a conjugação da definição clássica com a definição ampliada “tornou a lei uma das mais avançadas e generosas do continente americano em relação à temática dos refugiados.”¹¹ Boa parte dos países da América do Sul que participaram da Convenção de 1951 e do Protocolo de 67 promulgaram normas sobre os mecanismos de implementação desses documentos, a saber: Venezuela (2001), Paraguai e Peru (2002), Bolívia (2005), Argentina e Uruguai (2006), Colômbia (2009) e Chile (2010). O Equador aprovou o Decreto nº 3.301 de 1992 para a aplicação das normas da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. O Suriname, embora tenha ratificado a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, não possui normas internas para a implementação da Convenção. No continente sul-americano, somente a Guiana e a Guiana Francesa (Departamento da França) não ratificaram os aludidos documentos de proteção internacional.¹²

¹¹ ALMEIDA, Guilherme Assis de. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. In: ARAÚJO, Nadia de & ALMEIDA, Guilherme Assis de. (coords.) **O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 165

¹² Base de dados disponível em: <www.acnur.org>. Acesso em: 23.07.2015.

Apesar de muitos países do continente terem implementado a convenção através de normativas internas, constata-se que, em termos comparativos, a lei brasileira avançou ao prever garantias mais dilatadas de proteção ampla aos refugiados, tais como o estabelecimento de regras para o ingresso em território nacional, o estabelecimento de procedimento para determinação da condição de refugiado, bem como os direitos e obrigações dos refugiados, incluindo ainda em seu bojo a busca de soluções duradouras.

Isso denota a posição de vanguarda do Brasil, sob uma perspectiva comparada no âmbito da América Latina, no tocante à proteção legal dos refugiados. Além de constituir um país que ocupa posição de destaque em termos geopolíticos na região, o Brasil apresenta a legislação mais avançada nessa temática, podendo servir de modelo em alguns aspectos para os demais países da região.

Além da definição ampliada de refugiados, o art. 2º também prevê a extensão da condição de refugiados aos familiares: “Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional”. Esse dispositivo colaciona o princípio da unidade familiar, em consonância à recomendação da Ata Final da Conferência que adotou a Convenção de 1951, apesar desta não tê-la positivado. Tal como o Brasil, no que toca aos países sul-americanos, Argentina, Bolívia Chile, Venezuela, Colômbia, Equador, Paraguai, Uruguai e Peru a inseriram em suas legislações internas sobre refúgio.¹³

A lei é bem organizada do ponto de vista estrutural e está dividida em oito títulos. O Título I estabelece os aspectos caracterizadores do refúgio (do conceito, da extensão, da exclusão e da condição jurídica do refugiado); o Título II trata do ingresso no território nacional e do pedido de refúgio; o Título III cria o Conselho Nacional para Refugiados (CONARE) – outra característica de destaque dessa lei –, que é o órgão responsável pelo reconhecimento do *status* de refugiado e estabelece as suas competências; o título IV apresenta as regras do processo de refúgio; o título V dedica-se aos efeitos do Estatuto de Refugiado sobre a extradição e a expulsão; o Título VI estabelece as hipóteses de cessação e de perda da condição de refugiado; o Título VII trata das soluções duráveis (integração local, repatriação e reassentamento) e o Título VIII é devotado às disposições finais.

¹³ JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Método, 2007, p.102.

Outro diferencial desta lei é a possibilidade de solicitação de refúgio a qualquer autoridade migratória a qualquer tempo, conforme colacionado no artigo 7º, bem como a impossibilidade de deportação do solicitante de refúgio, o que exprime a observância do princípio internacional do *non-refoulement*, colacionado na Convenção de 1951. Esses dispositivos refutam assim a possibilidade de a migração forçada ser tratada como infração no sistema jurídico brasileiro.

3. Solicitação de Refúgio e Visto Humanitário

O crescimento do número de venezuelanos no Brasil coincide com a crise que se acirrou na Venezuela nos últimos anos. De acordo com um relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA) para Roraima, o número de venezuelanos em busca de refúgio no Brasil aumentou de 54, em 2013, para 208 em 2014, 825 em 2015 e 2.595 entre janeiro e 1 de dezembro de 2016.¹⁴ Dos 33.865 pedidos de refúgio solicitados ao Brasil, 17.865 foram feitos por venezuelanos em 2017¹⁵.

Considerando que não há número suficiente de servidores para atender às grandes demandas de refúgio, foi criado um procedimento com base na distribuição de comprovantes de agendamento para venezuelanos apresentarem suas solicitações de refúgio meses depois. Ainda que não sejam deportados, os venezuelanos que se encontram na lista de espera estão vulneráveis à exploração, já que não podem obter carteira de trabalho.

Nestes termos, de acordo com informações do *Human Rights Watch*,¹⁶ “em fevereiro de 2017, a Polícia Federal recebeu, em média, de 50 a 70 solicitações de refúgio por dia, e estava agendando aproximadamente 200 pessoas por dia para apresentarem suas respectivas solicitações em uma oportunidade posterior”. Apesar de não estar disponível ainda o número de pedidos de refúgio formulados em 2017, o fluxo de ingresso continua a crescer no norte do país. A situação se agrava com relação aos indígenas Warao, posto que sequer formulam pedido de refúgio, não falam português nem espanhol e muitos são portadores de doenças infectocontagiosas.

¹⁴ Dados disponíveis em: <http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016>.

¹⁵ <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2018/01/1954081-sem-estrutura-boa-vista-ja-acolhe-mais-de-40-mil-venezuelanos.shtml>

¹⁶ “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil” disponível em <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>. Acesso em: 15 de mai de 2017.

A maioria dos pedidos de refúgio pelos venezuelanos foi negada pelo CONARE com base no aludido no art. 1º, III, da Lei 9.474/97, destacando que “para ser reconhecido como refugiado, o solicitante deve apresentar um fundado temor de perseguição causado pelo seu Estado de origem em função de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”. Pode, ademais, ser reconhecido por ser nacional de um Estado que experimenta uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. Aliás, “todos os casos resolvidos pelo CONARE materializam, em maior ou menor grau, a importância crucial da perseguição materializada e/ou o fundado temor de perseguição consubstanciado por parte do solicitante para a concessão do refúgio face à Lei 9.474/97”.¹⁷

A interpretação conservadora do CONARE não permitiu reconhecer aos venezuelanos o *status* de refugiados, contrariando o art. 1º, III, que trouxe a definição ampliada de refugiados, uma das inovações da Lei 9.474/97.

Nesse aspecto, há uma observação a ser registrada. Primeiramente, é paradoxal não reconhecer o instituto do refúgio com fundamento em violações de direitos humanos a nacionais de um país que se encontra sob a égide de uma grande crise, capaz de desprover sua população das condições mais básicas de sobrevivência. Em seguida, na concepção do CONARE, o inciso III é independente do requisito de fundado temor de perseguição, o que na maioria dos casos não se caracteriza para os venezuelanos que migraram para o país a partir de 2010.

Conforme salientado, a lei foi imbuída do “espírito de Cartagena” e, ao se espelhar na Declaração de 84, não prevê a necessidade do fundado temor para a caracterização da situação de refúgio por violações de direitos humanos. Trata-se, assim, de entendimento equivocado, posto que não há base legal para a exigência desse requisito. Mais que isso, a utilização de um conceito obsoleto para qualificar refugiados viola a Lei 9.474/97 e compromete sua própria efetividade.

O não reconhecimento pelo CONARE do *status* de refugiados aos venezuelanos foi grave e revelou um retrocesso do Brasil quanto à causa dos refugiados. Não reconhecer a migração dos venezuelanos como forçada é negar a recuperação da dignidade desse grupo, que tem passado por situações adversas desde sua terra natal, desde o agravamento da crise social e política na Venezuela. Diante da recusa em reconhecer a materialidade do art. 1º, III da lei, o CONARE concedeu o chamado “visto humanitário”.

¹⁷ CONECTAS (2012). Carta do CONARE. Disponível em: <<http://www.conectas.org/institucional/conectas-questiona-governo-sobre-medidasmigratorias-para-haitianos>>. Acesso em: 09 de nov. de 2012.

Cabe destacar que o visto de residência por questões humanitárias surgiu através da Resolução Recomendada 8 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), de dezembro de 2006, que foi acatada pelo CONARE em março de 2007, por meio da Resolução nº13. Esta Resolução propõe que o CONARE encaminhe ao CNIg os casos que não preencham os requisitos de elegibilidade previstos na Lei 9.474/97, mas, devido a questões humanitárias, o CONARE entenda como adequada a concessão de autorização de permanência legal no Brasil:

Art. 1º O pedido de refúgio que possa não atender aos requisitos de elegibilidade previstos na Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, poderá, a critério do CONARE, ser sobrestado para que possa a permanência do estrangeiro no País ser apreciada pelo Conselho Nacional de Imigração, com base na Resolução Normativa CNIg nº 27, de 25 de novembro de 1998, que dispõe sobre situações especiais e casos omissos.

O CONARE teve postura similar no caso dos haitianos, ao se recusar em reconhecê-los como refugiados, deferindo ao Conselho Nacional de Imigração a concessão de visto humanitário especificamente aos haitianos, nos termos da Resolução Normativa 97/2012. O CONARE previu também a possibilidade de concessão de visto humanitário a pessoas afetadas pelos conflitos armados na Síria e região que desejem chegar ao Brasil em busca de refúgio, através da Resolução Normativa 17/2014, objetivando agilizar os trâmites burocráticos para concessão do refúgio, bem como reafirmar seu compromisso humanitário perante a sociedade internacional.

Um aspecto que merece reflexão com relação ao visto humanitário é a maneira como vem sendo emitido. O Comitê Nacional para os Refugiados prevê, através da Resolução Recomendada nº 8/2006, a possibilidade de o Conselho Nacional de Imigração (CNI) emitir vistos por questões humanitárias aos solicitantes de refúgio que não sejam passíveis da concessão, mas possam permanecer no país, a critério do CONARE, por razões humanitárias.

É inquestionável que devam ter seu ingresso facilitado em território nacional aqueles que fogem dos conflitos armados na Síria, a fim de obter com maior agilidade a concessão de refugiados. No entanto, o visto humanitário, concebido para regularizar a permanência de estrangeiros que se situam fora da definição tradicional de refugiado, passa a ser emitido provisoriamente para receber grupos de sírios que fogem da guerra civil, como etapa anterior, que busca facilitar a atribuição do *status* de refugiado pelo CONARE. Não se trata aqui de conceder o

“*status* humanitário” para permanência, mas para assegurar proteção antes da concessão do estatuto. Portanto, destaca-se aqui a diferença de tratamento concedida a grupos de migrantes forçados, quais sejam, sírios, haitianos e venezuelanos.

Em 21 de novembro de 2017 entrou em vigor a Lei 13.445 – Nova Lei de Migração –, em substituição ao Estatuto do Estrangeiro, que abordava a migração do ponto de vista da segurança nacional. Diferentemente do Estatuto, a nova lei é considerada progressista, por demonstrar uma visão contemporânea e compatível com o intenso fluxo migratório em marcha no mundo, fundamentando suas normas na proteção ao ser humano.

Dentre suas diversas inovações, a lei traz o visto humanitário como uma das modalidades de visto temporário. O art.14 preceitua que o visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.

A despeito da nova lei de migração ser considerada progressista, o decreto 9.199/2017, que a regulamentou, foi alvo de críticas por apresentar-se claramente contrário a alguns de seus dispositivos. O decreto adiou a regulamentação dos vistos e autorizações de residência por motivos humanitários, determinando, em seu art. 36, que ato conjunto dos Ministérios das Relações Exteriores, da Justiça e Segurança Pública e do Trabalho definirá as condições, prazos e requisitos para emissão do visto.

Ocorre que, em março de 2017, resolução do CNIg ampliou o acordo de residência do MERCOSUL a nacionais de países fronteiriços não pertencentes ao bloco, permitindo residência temporária até dois anos. Todavia, os venezuelanos que ingressaram no Brasil nos últimos anos não se candidataram à autorização de residência, visto que se exige a apresentação de documentos que comprovem sua filiação, o que não consta no documento de identidade dos venezuelanos. Trata-se de uma exigência burocrática que cria empecilho à autorização de residência temporária, o que dificulta a situação dos migrantes venezuelanos. Nesse contexto, muitos acabam por não obter a autorização de residência e requerem o *status* de refugiado, cujo processo é moroso, face ao baixo contingente de servidores, além de haver a grande probabilidade de sua denegação pelos motivos já expostos.

Conclusão

A postura do Brasil diante da migração venezuelana evidencia grave lacuna legal e representa uma visão ortodoxa sobre deslocamentos forçados, ignorando-se os valores constitucionais que permeiam o instituto do refúgio. Pensar qualquer instituto à luz da realidade atual é condição para que haja adequada aplicação da norma. Necessário, pois, se faz atribuir sentidos ao texto da norma que permitam aplicá-la de maneira coerente, em respeito às condições presentes.

Fora das condições de refúgio, os estrangeiros são regidos pela nova Lei 13.445/2017, que, apesar de estar em sintonia com os princípios da Constituição de 1988, ainda não é suficiente para tutelar grupos de estrangeiros que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade econômica e social, tais como os “tradicionalmente” concebidos como refugiados.

Trata-se de situação de extrema gravidade, pois acolhê-los como meros imigrantes retira-lhes a possibilidade de inclusão e de real assimilação no Brasil. Na falta do reconhecimento e da proteção jurídica, são subjugados ao assistencialismo do Estado, o que é constatado pela concessão do visto humanitário, que sequer existe na legislação.

É imperioso ressaltar que estender o conceito ‘refugiado’ de modo a abarcar pessoas com necessidades similares, ou até mesmo maiores, de proteção é apenas o próximo passo para devolver-lhes sua humanidade, conforme a construção *harendtiana*. O processo de inclusão e de aceitação não pode ser paradoxal, de modo a deixar migrantes à margem da sociedade, não lhes reconhecendo direitos.

No entanto, não basta reconhecê-los juridicamente. É imprescindível que os Estados busquem soluções de cunho social por meio de políticas públicas de inclusão e de cunho político-jurídico, garantindo-lhes direitos fundamentais e vinculação à comunidade política no Estado que os recebe. A reestruturação jurídica deve vir acompanhada inevitavelmente de mudança na política migratória, a despeito de novos riscos que possam vir a surgir.

As políticas públicas destinadas à assimilação dos refugiados revelam-se extremamente tímidas e praticamente ineficazes. A própria morosidade da União em adotar providências destinadas a conter a crise migratória em Roraima denota indiferença com relação ao tema, cuja gravidade transcende há muito os interesses apenas do estado.

Decisões como esta impactam diretamente a vida de seres humanos, que têm a dignidade violada novamente, e traduz o amadorismo das instituições públicas no que toca ao desenvolvimento responsável de políticas de migração. Essas informações denotam que as políticas públicas referentes a migrantes e refugiados são extremamente tímidas e praticamente ineficazes.

Referências

- ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). “**Deslocados Internos**”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/quem-ajudamos/deslocados-internos/Fugindo>>. Acesso em: 02/11/2014.
- ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). “**O Brasil é um País de Asilo e Exemplo de Comportamento Generoso e Solidário**”. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>>. Acesso em: 17/08/2014.
- ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados). “**Refúgio em Números**”. Disponível em: <www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas>. Acesso em: 05.05.2016.
- ANDRADE, José H. Fischel de. **Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ARAÚJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENDT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**. São Paulo: Zahar, 2017.
- BRASIL. Decreto 9.199/2017. Brasília, DF, 2017.
- BRASIL. Decreto 9.285/18. Brasília, DF, 2018.
- BRASIL. Decreto 9.286/18. Brasília, DF, 2018.
- BRASIL. Lei 13.445/2017. **Lei de Migração**. Brasília, DF, Senado, 2017.
- BRASIL. MP 820/2018. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 2018.
- BERNER, Vanessa Batista. **Perspectivas Jurídicas da Política Migratória no Brasil**. Disponível em: <www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c559da2ba967eb8>. Acesso em: 07/09/2014.
- BETTS, Alexander. **State fragility, refugee status and ‘survival migration’**. *Forced Migration Review*. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fragilestates/betts.pdf>>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v.1, 1998.
- CAVARZERE, Thelma Thaís. **Direito Internacional da Pessoa Humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.
- CONNECTAS (2012). **Carta do CONARE**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/institucional/conectas-questiona-governo-sobre-medidas-migratorias-para-haitianos>>. Acesso em: 09.11.2012.
- DE GIORGI, Raffaele. **Direito, Democracia e Risco: vínculos com o futuro**. Porto Alegre: SAFE, 1998.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira. **Muito distantes do Eldorado: perspectivas jurídicas da proteção dos haitianos no Brasil**. Tese de Doutorado. Universidade Estácio de Sá, 2016.
- DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. de George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e direita**. São Paulo: UNESP, 1996.
- HOLANDA, Sergio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. 21ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HUMAN RIGHTS WATCH. “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil”. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>.
- JESUS, Tiago Schneider de. **Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais**. Reconhecimento, proteção e solidariedade. 2009. Dissertação. Faculdade de Direito Universidade Caxias do Sul, 2009.

-
- JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- KHAN, Sadruddin Aga. Legal problems relating to refugees and displaced persons. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye**. Leyde, 149 (I), 1976.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- _____. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a, v.1.
- _____. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, v.2
- MILESI, Rosita. **Refugiados: realidade e perspectivas**. Brasília: CESEM/IMDH. Edições Loyola, 2005.
- MORAES, Isaías; ANDRADE, Carlos Alberto de Alencar; MATTOS, Beatriz Rodrigues. A imigração haitiana para o Brasil: causas e efeitos. **Revista Conjuntura Austral**, v.4, n.20, out/nov 2013.
- PACHECO PACÍFICO, Andrea Maria Calazans. Os migrantes nas relações de trabalho no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6642>.
- ROTBURG, Robert. Failed States, collapsed states, weak states: causes and indicators. In: ROTBERG, Robert. **When States fail**. Princeton University Press, 2004.
- SANTOS, Fernanda Naomi Zaphiro e VASCONCELOS, Thamires Marques. “Venezuelanos no Brasil: da crise econômica para a crise política e midiática”. In: **Anais do XVII Encontro de História da ANPUH-Rio**, 2016.
- SAYAD, Abdelmalek. **A Imigração ou Os Paradoxos da Alteridade**. São Paulo: EDUSP, 1998.
- SILVA, Nadia Teixeira Pires da. PARREIRA, Carolina Genovez. **Desconhecidos e Invisíveis: os refugiados no Mundo das Maravilhas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c8a58fa97c205ff>>. Acesso em: 29/08/2014.
- SINGER, Paul. Migrações internas: considerações teóricas sobre o seu estudo. In: SINGER, Paul. **Economia Política e Urbanização**. Cap. 2. São Paulo, Ed. Brasiliense, 1973.

O pandectismo, direito subjetivo e interesse legítimo

André R. C. Fontes¹

Resumo

O artigo trata da construção do direito subjetivo pelo pandectismo alemão, pela formação do interesse legítimo na Itália e da sua incorporação do direito brasileiro.

Palavras-chave: Direito alemão; direito italiano; direito brasileiro.

Abstract:

The article concerns the building of subjective law by German pandectism, by the formation of lawful interest in Italy and its incorporation in Brazilian law.

Keywords: German law; italian law; brazilian law.

§1º

O direito subjetivo tal como nós o conhecemos somente foi assim concebido após laboriosa e profunda movimentação pandectística.² Pandectismo é termo originado de *Pandectas*³ (Digesto em grego, como preferiam os juristas alemães), a partir da ideia de que o Direito Romano poderia ser utilizado como direito comum a todos os alemães.⁴ Considerada a questão do lado lógico, pode-se retomar o raciocínio de Windscheid, que, como adverte Aarão Reis, com um entusiasmo que nós partilhamos

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

² Os mais conhecidos trabalhos sobre o pandectismo são os de Franz Wieacker *História do Direito Privado Moderno* e de Schlosser, Hans. Molitor, Erich. *Perfis de la Nueva Historia del Derecho Privado*, tradução de Angel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1979. Merecem registro os textos dispersos de Carlos David Aarão Reis, talvez o mais importante pandectista do país, especialmente o escrito *A Elaboração do BGB: homenagem no centenário do Código Civil Alemão in Doutrina*, v. 1, Niterói: ID – Instituto de Direito, 1996. p. 150. Em segunda vem o texto *A matematização do Direito e as origens da Parte Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: IEJ, 1992 e depois, *in Ensaios Jurídicos*. v. 1, Niterói: ID - Instituto de Direito, 1996.

³ *Digesta, Pandectae ou Codex enucleati juris*. Cf. Silva, Luis Antonio Vieira de, *História Interna do Direito Romano Privado até Justiniano*, Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmer, 1854. p. 174.

⁴ Perlingieri chama a atenção para o fato de que a sua expressão universalista vem sendo abandonada por causa da separação dos poderes, que prega uma visão estatal e nacionalista. cf. *Perfis* p. 30.

inteiramente, em seu estado bruto não poderia o material romano, o Corpo de Direito Civil (ou como é universalmente conhecido, em sua versão latina: *Corpus Juris Civiles*) ser aplicado sem o seu aprimoramento e refinamento.⁵

I

A situação do direito antes de 1900 na Alemanha era caracterizada por uma grande dispersão.⁶ Depois que, em todos os lugares até esta época valeram direitos locais, ocorria pelo fim da Idade Média a chamada *recepção do direito romano*.⁷ O direito romano floresceu nos primeiros dois séculos depois de Cristo e tinha sido compilado no século VI pelo imperador romano do Oriente Justiniano no chamado *Corpus Juris Civiles*. Principalmente, essa obra de legislação formava o fundamento para a formação dos juristas eruditos da Idade Média da última fase, que aos poucos substituíram os juízes leigos populares. Em todo o caso, eles o aplicavam subsidiariamente diante do direito tradicional local.⁸

Por volta de 1800, várias tentativas surgiram para se regulamentar (“codificar”) de modo abrangente o direito civil.⁹ Importantes são o Direito Nacional Geral de 1794 para os Estados prussianos, o Código Napoleão da França de 1804, o Código Civil Geral da Áustria de 1811 - o Código francês valia na Alemanha nas áreas renanas.¹⁰ Além dos âmbitos de validade dessas leis, valia muitas vezes ainda o chamado *Direito Comum*, que se baseava de modo não codificado no Direito Romano aperfeiçoado e que formava o objeto principal de trabalho científico com o direito.¹¹

⁵ Aarão Reis, Carlos David. *A elaboração do BGB: homenagens no centenário do Código Civil Alemão* in “Doutrina I, Niterói: Instituto de Direito, 1996. p. 156.

⁶ Acreditamos que as ideias devem ser acompanhadas por um conhecimento concreto dos acontecimentos que se deram ao mesmo tempo. Por isso este parágrafo, como outros, oferece uma história intelectual sob domínio mais amplo. Seguimos aqui a orientação de J. Bronowski e de Bruce Mazlish in *A tradição intelectual do ocidente*, tradução de Joaquim João Braga Coelho Rosa, Lisboa: Edições 70, 1988. p. 13.

⁷ Hattenhauer, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil* trad. do alemão para o castelhano por Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987. p. 197.

⁸ *Conceptos fundamentales del derecho civil* de Hans Hattenhauer, trad. de Pablo Salvador Coderch, Barcelona: Ariel, 1987. Van Caenegam, *op. cit.* p. 160.

⁹ Wieacker, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. p. 97.

¹⁰ Ainda por resquícios das guerras napoleônicas. Brigitte Basdevant-Gaudemet, Jean Gaudemet *Introduction Historique au Droit XIIIe-XXe siècles*, 2. ed., Paris: LGDJ, 2003. p. 401. Wiacker, p. 97. R. C. van Caenegam, *op. cit.*, p. 160.

¹¹ Peters, Frank. *op. cit.* p. 4. R. C. van Caenegam, *op.cit.* p. 161.

II

Depois que se findaram as guerras de libertação napoleônicas, surgiu a exigência de uma unificação do direito para a Alemanha (*a favor*: o professor de direito Thibaut, na época professor em Heidelberg; *contra*: Savigny, ministro prussiano).¹² Ela foi coroada de êxito após a formação do Império Alemão em 1871. Em 1874 uma Comissão foi instituída, à qual pertencia Windscheid, reconhecido teórico, e pelo juiz Planck, que era marcado pela *praxis*.¹³ Ela publicou em 1888 o chamado Iº projeto juntamente com a fundamentação (os chamados motivos).¹⁴ Esse projeto foi criticado em quase toda a sua extensão. Ele era demasiadamente lastreado no Direito Romano, segundo os seus críticos e com isso seria “não-alemão” (*Undeutsch*), além de ser doutrinário e incompreensível no modo de expressão, e ainda antissocial.¹⁵

Em 1890, uma segunda comissão foi instituída, à qual pertenciam, sob a presidência de Planck, também representantes da economia e dos partidos dos Parlamento da Alemanha Imperial.¹⁶ Até 1895 foi criado então o chamado IIº projeto por ela; de 1897 até 1899 publicaram-se as atas motivadoras da IIª Comissão.¹⁷ Após a aprovação do projeto pelo Conselho Federal, houve, em 1896, a apresentação no Parlamento da Alemanha Imperial, juntamente com um memorial elaborado na repartição da Justiça na Alemanha Imperial. Acrescido de alterações insignificantes, o Código Civil foi aprovado no dia 1º de julho de 1896, pelo Parlamento da Alemanha Imperial, e entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1900.¹⁸

III

O Código Civil alemão (conhecido pela sigla BGB, abreviação de *Bürgerliches Gesetzbuch*) é marcado por *conceitos fixamente definidos*,

¹² Sobre os aspectos mais particulares da vida de Friedrich Carl von Savigny cf. Clarence Morris (organizador) *Os grandes filósofos do Direito*, trad. de Rinaldo Guarany, São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 288.

¹³ Schlosser-Molitor, *Perfiles de la nueva história del Derecho Privado*, tradução de Ángel Matínez Jarrión, Barcelona: Bosch, 1986. p. 110.

¹⁴ Sobre o Iº Projeto *Perfiles de la nueva História del Derecho Privado*, de Hans Schlosser e Erich Molitor, tradução do alemão para o castelhano por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1980. p. 110.

¹⁵ Peters, Frank. *op. cit.* p. 5. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

¹⁶ Sobre o IIº Projeto Schosser-Molitor *op. cit.* p. 112.

¹⁷ Schlosser-Molitor *op. cit.* p. 112.

¹⁸ Frank Peters. *op. cit.* p. 5. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

que, às vezes, divergem muito do significado da linguagem coloquial.¹⁹ Alguns conceitos importantes são desconhecidos na expressão usual, como é exemplo o conceito de “disposição” do seu § 185. Esses conceitos são úteis para o jurista experiente, mas que impossibilitam a compreensão para o leigo, que os caracteriza pelo esforço de alcançar a maior concisão possível.²⁰ Com isso o Código Civil alemão tornou-se o resultado de um direito altamente desenvolvido a respeito da técnica jurídica²¹ e, nas suas valorações, pode-se afirmar que ele era comprometido com o Século XIX.²²

Sinteticamente, a ideia da *relação jurídica*, a *Teoria do Negócio Jurídico* com a conexas *Teoria da Vontade*, que a toda hora informa a literatura de importação tradicional, nasce, então, através da obra de conceitualização e de sistematização que a Escola Histórica produziu trabalhando no Direito Romano, na tradição do *corpus juris*.²³

Por conta do seu método de exposição, considerado como padrão para o chamado Sistema abstrato-generalizador, dada a sua precisão e imensa possibilidade de abstração dos conceitos que enuncia, serviu para a formação e o desenvolvimento de uma outra metodologia, que o estima como modelo e referência dos movimentos e escolas da Itália e do Brasil.²⁴

§ 2º

O pós-pandectismo italiano e a configuração do interesse legítimo

O significado do prefixo “pós” induz o raciocínio da *ultrapassagem total* e a *ruptura parcial* de algo dentro de um contexto de continuidade.

¹⁹ Peters. *op. cit.* p. 9. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 161.

²⁰ Peters. *op. cit.* p. 9. R. C. van Caenegam, *op. cit.* p. 162.

²¹ Karl Larenz o classifica no sistema abstrato-generalizador dentre as grandes codificações. Cf. *Metodologia da Ciência do direito*, 2ª ed. de José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

²² Peters *op. cit.* p. 10. Sobre o compromisso do Código Civil Alemão com o Século XIX, cf. R. C. van Caenegam *Uma introdução histórica ao Direito Privado*, trad. de Carlos Eduardo Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 160.

²³ Montanari, *op. cit.* p.175. Franz Wiacker *História do Direito Privado Moderno*, trad. de A. M. Botelho Hespanha, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980. José Castan Tobeñas *Las diversas Escuelas Jurídicas y el concepto del Derecho*, Madri: Reus, 1947. Hans Schlossen Erich Molitor *Perfiles de la Nueva Historia del Derecho Privado*, trad. Ángel Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1980. Hans Hattenhauer *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*, trad. de Pablo Salvador Copderch, Barcelona: Ariel, 1982. Salvador Lissarrague *Introducción a los temas centrales de la Filosofía del Derecho*: Bosch, 1948.

²⁴ Larenz, Karl *Metodologia da Ciência do Direito*, 2ª ed., trad. de José Lamego, Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 1989. Gomes, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 52.

De fato, é possível se pensar em um pós-pandectismo como um estágio último, em sentido parcialmente antagônico com o pandectismo clássico desenvolvido na Alemanha e que se revela também de sua evolução e que tem a sua sede na Itália. Se o Pandectismo surge como adaptação de um direito comum²⁵ aos vários estados alemães²⁶ com base no Digesto (Pandectas em grego²⁷), o movimento na Itália já não parte dos textos brutos romanos, mas dos apurados textos alemães que daqueles decorrem. O Pandectismo italiano não é imediatamente originário dos textos romanos, mas sim das interpretações germânicas dos textos romanos.²⁸ Esse foi o paradigma da literatura italiana²⁹ e nesse campo é que não encontram os italianos, nos textos alemães, a dimensão da tutela que não fosse a tipicamente outorgada, razão pela qual falavam em um interesse que seria tutelado, o interesse legítimo.³⁰

Os pós-pandectistas italianos revelam uma negativa da existência de padrões invariáveis e de significados diferentes dos conceitos jurídicos transmitidos pela literatura alemã³¹ e os tomam como verdadeira

²⁵ Não se está negando que o direito comum preconizado para os Estados alemães signifique a inexistência de um direito comum na Itália, que sabidamente também não existia então como um Estado-nacional, mas era dotada de um complexo e variado Direito Comum. Cf. Giovanni Cassandro. *Lezioni di Diritto Comune*. Nápoles: ESI, 1981.

²⁶ Caenegem, C. van – *Uma Introdução Histórica ao Direito Privado*, trad. de Carlos Eduardo Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 159.

²⁷ Pandectas em grego significa “livros que contêm tudo”. Cf. Abelardo Torrè *Introducción al Derecho*, 14ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2003. p. 525.

²⁸ Redescoberto na Universidade de Bolonha consoante farta referência. Por todos: R. C. van Caenegem., *op. cit.*, p. 161.

²⁹ A especialidade da Ciência Jurídica italiana, com o conceptualismo germânico não impediu que fosse considerado o Código Napoleão o seu paradigma legislativo. Cf. Sergio Cotta *Il Dilemma della Scienza Giuridica attuale in La Dottrina Giuridica Italiana alla fine de XX Seculo -un Bilancio-* a cura di Bruno Montanari. Milão: Giuffrè, 1998. p. 223.

³⁰ É de se notar que não houve a formação de um movimento jurídico unificador na Itália, que se sujeitava ao mesmo regime de balcanização que enfrentava a Alemanha, não nos moldes alemães, conquanto fosse a Itália sabidamente receptiva ao Pandectismo. Sobre a situação dos territórios italianos cf. Tarello, Giovanni. *Storia della Cultura Giuridica Moderna*. Bolonha: Il Mulino. 1976. p. 92. Cf. ainda Adolfo Omodeo, *Letà del risorgimento italiano*, 9ª ed., Nápoles: Esi, 1960.

³¹ Uma amostra da influência técnica da Pandectística na Ciência Jurídica italiana pode ser vista na obra *Introduzione al Diritto della Civiltà Europea*, de Tito Ravà – Pádua: Cedam, 1982. p. 176. É de boa lembrança que um dos mais preciosos trabalhos na linha da tradição disso que Reale chama de Escola Italiana pertence a Mario Allara, que foi simplesmente o Professor de Pietro Perlingieri. As duas obras de Allara que mais foram utilizadas neste trabalho foram *La nozione fondamentali del Diritto Civile*, v. 1, ed., Turim: Giappichelli, 1958 e *La Teoria delle vicende del rapporto giuridico*, Turim: Giappichelli, 1950.

doutrina no incomparável sistema³² que elaboraram.³³ Partiram de premissas conceituais fixas e perfeitas para construir o seu sistema e, com essas linhas teóricas definidas, desvendaram lacunas as quais procuram cientificamente colmatar por meio de *construção* de outros conceitos, dentre os quais o mais característico seria o do *interesse legítimo*.³⁴ Dele se exigiu precisão teórica e vozes importantes para operar em um campo de conhecimento jurídico no qual reina, ainda hoje, com absoluta preponderância e vigor no Sistema Romano-Germânico, o *direito subjetivo o conceito central*³⁵ do Direito Privado e, ao mesmo tempo, a última abstração da vida jurídica multiforme³⁶ – figura da qual parte toda a técnica tradicional do Direito.³⁷

³² É de se notar que a qualidade dos textos produzidos na Itália e o seu caráter de verdadeiro cânon doutrinário, do qual ainda hoje se vale a cultura jurídica italiana, prenhe de boa literatura clássica sobre os mais fundamentais assuntos jurídicos, motivo pelo qual Franz Wieacker designou a Itália de “pátria jurídica da Europa” in *História do Direito Privado Moderno*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1980.

³³ Miguel Reale denomina tal linha de orientação simplesmente de “Escola Italiana”, que, segundo ele, mantém-se fiel à claridade latina das ideias com assimilação fecunda do denso labor filosófico e dogmático dos mestres germânicos in *Filosofia do Direito*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982. p. 416.

³⁴ Merece registro a forma elegante e eloquente como discorre a Escola sobre os mais variados assuntos e uma amostra dessa característica foi destacada na obra *Filippo Vassalli Il Diritto Civile come Opera D’Arte* – Ferri, Giovanni B., Pádua: Cedam, 2002.

³⁵ Na perspectiva do Direito Civil-Constitucional, ao por em evidência a relação constituição-lei, não poderá elevar o direito subjetivo ao patamar de conceito central, razão pela qual Pietro Perlingieri e assim todo o movimento que congrega a sua forma de pensar reduz, como na obra do mestre, o direito subjetivo “à clássica situação jurídica subjetiva”, embora ressalve que “é um *prius* a respeito dos deveres de outrem” in *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: ESI, 1984. p. 274. No mesmo sentido, Gustavo Tepedino *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil in Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 5. H. Coing *Signification of the notion of droit subjectif in Archives de Philosophie du Droit*, t. IX, Paris: Sirey, 1964. p. 1.

³⁶ Tuhr, Andreas von. *Op. cit.* p. As críticas à afirmação de Andreas von Tuhr são grandes, especialmente porque querem que a relação jurídica seja o conceito central, porque deixaria espaço para o dever jurídico. cf. Medicus. p. 32. No Brasil, Francisco Amaral *Direito Civil – Introdução*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.153. Na literatura alemã se perdem em inúmeras variantes, sendo as principais as que preferem deslocar a consideração para proteção legal ou das instituições, ou ainda que tenha como tarefa de ordem jurídica, além da proteção das posições jurídicas individuais, também a organização de uma colaboração dos membros da comunidade jurídica para fins comuns. Cf. resumo de Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4 ed., Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1990. p. 33 da obra citada.

³⁷ Tuhr, Andreas von. *op. cit.* p. Barbero, Domenico. *Il diritto soggettivo in Il Foro Italiano*. v. LXIV, Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 1939. p. 3.

§ 3º

O difusionismo como explicação do empréstimo cultural ao Brasil

O Estruturalismo é originário da linguagem e movimentou-se pela Antropologia, pela Filosofia³⁸ e também pelo Direito.³⁹ Em percurso transdisciplinar, pode-se, de forma semelhante, formular e propor, analogicamente, *mutatis mutandis*, a utilização de um pensamento difusionista da Antropologia como aplicável ao Direito.⁴⁰ Se do Estruturalismo da linguagem vem o Estruturalismo, mais tarde levado à Antropologia, pode então da Antropologia, de onde se originou⁴¹ o Difusionismo, se indagar da possibilidade de ser empregado em outros ramos do conhecimento.

Difusão significa, de modo geral, a adoção por uma sociedade independentemente de inovações iniciadas por outra.⁴² O pensamento

³⁸ Vigora a orientação de que o Estruturalismo não é uma “Filosofia”, mas tão-somente um método. De que não é Filosofia: Legrand, Gerard. Dicionário de Filosofia, tradução de Armindo José Rodrigues e João Gama. Lisboa: Edições 70, 1983. p. 156. Jerphagnon, Lucien. Dicionário das Grandes Filosofias, trad. Manuel Peixe Dias. Lisboa: Edições 70, 1973. p. 116. De que é um método: Russ, Jaqueline – *Dicionário de Filosofia* trad. de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Scipione, 1994. p. 96. Durozoi, Gerard. Roussel, André. *Dicionário de Filosofia*. 3ª ed. trad. Marina Appenzeller. São Paulo: Papirus, 1999. p. 169.

³⁹ Reportamo-nos novamente às obras de Lamdorff-Galagne e de Antonio Hernández Gil já citadas, assim como o excepcional trabalho de descrição de estrutura de Norberto Bobbio *Dalla Struttura alla funzione* também referida. Sobre o direito como estrutura cf. Pietro Perlingieri *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Nápoles: Esi, 1984. p. 56.

⁴⁰ A aplicação da Antropologia ao Direito Civil não constitui uma novidade, especialmente nos estudos do Direito de Família, conquanto seja o seu principal desagudouro, seguida do instituto da propriedade, cujos fundamentos remontam à necessidade fisiológica de apropriação. Não é a esses quadrantes, entretanto, que se limita o variado número de autores dedicados a esse tema de pesquisa, incidindo em todos os campos do Direito Civil e do Direito em geral. Por seu caráter principal e vanguardista de estudos no seu tempo, nos reportamos à obra de Camillo Cavagnari (*Nuovi Orizzonti del Diritto Civile*, Milão: Fratelli Dumolard, 1881. p. 12), embora o autor pareça se limitar à aplicação da Teoria Evolucionista em toda a grandeza do seu trabalho. A obra mais completa parece ainda ser a de Giuseppe D’Aguano, que se apresenta útil e atual mesmo passados mais de um século de sua edição (*La Genesi e L’Evoluzione del Diritto Civile*, Turim: Fratelli Bocca, 1890. *passim*).

⁴¹ O Difusionismo se afirmou na Antropologia a partir do final do Século XIX e permaneceu ativo até a década de 1930, quando perderia lugar para o Funcionalismo de Malinowski. Os anos que precederam a essa corrente e os que se seguiram eram ocupados também por outra mais importante corrente teórica da Antropologia, que é o Evolucionismo. Sobre o Difusionismo cf. o verbete correspondente na *Enciclopedia della Filosofia e delle Scienze Sociali*. Novara: De Agostini, 1996. p. 218. *Dicionário de Sociologia*. Porto: Porto, 2002. p. 105.

⁴² Gordon Childe, Cf. *Evolução social*. tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1961. p. 164. Franz Boas *Antropologia Cultural*, trad. de Celso Castro, Rio de Janeiro: Zahar, 2004.

difusionista pode ser sintetizado com máxima de que *cada traço cultural surge uma só vez e em um único lugar*. Em parte essa definição indica uma circunstância óbvia e objetiva: o núcleo das afirmações é a de que *um centro transmite a cultura*.

Em uma primeira ordem de ideias, podemos afirmar, como uma sentença, que o interesse legítimo é produto italiano⁴³ emprestado ao país de forma direta e exclusiva: é da Itália que surge o seu conceito e de lá que chega diretamente ao Brasil. Como é implícito nas formulações difusionistas o papel desempenhado pela História, o postulado da disseminação de um sistema para outro quer significar que, a experiência jurídica italiana, na sua versão pós-pandectista, projeta-se no Brasil a partir de uma leitura primeira e original dos textos italianos, imprimida pelos juristas nacionais. De maneira que o interesse legítimo no Brasil é de formulação italiana, extraído da literatura jurídica original peninsular e que foi recebido⁴⁴ e assimilado⁴⁵ em nosso sistema jurídico. Essa trajetória impõe uma busca original e introdutória da sua *ratio essendi* no sistema italiano. E qualquer tentativa mínima e consistente da sua compreensão derivará da *ratio cognoscenti* operada originalmente pelos juristas da Itália como o *moto* inicial da explicação do instituto.

Ressuscitar o pensamento difusionista poderia parecer algo insubstancial, diante da formidável operância do pensamento *evolucionista*⁴⁶ de que as

⁴³ Que é exclusiva a origem italiana cf. Luigi Galateria e Massimo Stippo. *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2ª ed., Turim: Utet, 1995. p. 86.

⁴⁴ Recepção é o procedimento pelo qual um ordenamento incorpora no próprio sistema a disciplina normativa de uma dada matéria assim como foi estabelecida em um outro ordenamento. Norberto Bobbio. *Teoria Generale del Diritto*, Turim: Giappichelli, 1993. p. 282.

⁴⁵ Sobre a *assimilação* cf. Gordon Childe, *op. cit.* p. 149. Demais disso, deve ser lembrado que *assimilação* não se confunde com a *aculturação*. Aquela é gênero e esta espécie. A *aculturação* – muito utilizada para caracterizar a progressiva transmissão aos silvícolas da nossa civilização – é a *assimilação* de elementos culturais de um grupo por parte de outro. Nesse sentido: Irene Mello Carvalho – *Introdução aos Estudos Sociais*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1967. p. 18. Ainda sobre *assimilação* cf. Dominique Schnapper. *La relation à l'autre. Au coeur de la pensée sociologique*, Paris: Gallinard, 1998. p. 192.

⁴⁶ A concepção sobre a qual todos se habituaram a considerar que Teoria da Evolução repousa, por exemplo, na afirmação de que “a lei do progresso continua” (Anthony, R. – *La Force et le Droit* – Paris: Félix Alcan, 1917. p. 16) – é a *lei do progresso social*, segundo a qual *a lei nova traz consigo a presunção de que é melhor e é mais perfeita do que a antiga, e de que atende ao reclamo indisfarçável do progresso jurídico* (Silva Pereira, Caio Mario – *Instituições de Direito Civil* – v. 1, 9ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 97). O progresso constitui um dos conceitos fundamentais (ao lado da necessidade) do Historicismo – doutrina que tanta contribuição deu ao Direito. Cf. *Dictionnaire e Sociologie*, Gilles Ferréol. 3ª ed., Paris: Armand Colin, 2002. p. 85. Uma visão crítica sobre a existência do progresso em Direito *Introduction Générale ao Droit*, 4ª ed., Paris: Dalloz, 2001. p. 52. Um esboço geral e introdutório sobre a evolução pode ser encontrado em *Du Droit Civil ao Droit Public*, por René Savatier, Paris: LGDJ, 1945. p. 3.

formas simples mudam para formas complexas, por tendência ainda hoje dominante,⁴⁷ e das linhas *funcionalistas* de que as coisas devem ser consideradas a partir das funções que exercem, forma aliás de pensar que mais influência tem exercido no panorama jurídico contemporâneo.⁴⁸ A particularidade da formação jurídica do Brasil,⁴⁹ conjugada com a atitude culturalista⁵⁰ de recepção conceitual dos pensamentos continentais europeus, permite que se estabeleça uma correspondência imediata entre a criação e a incorporação do instituto e, dessa forma, a adoção da forma difusionista de pensamento passa a ser a única maneira sólida e fundada de justificar esse acontecimento.

⁴⁷ A perspectiva evolucionista não é só dominante como é comparativamente tida por mais moderna, determinando, inclusive, uma interpretação “evolutiva” do Direito. cf. *Il modernismo nel diritto* de Luigi Ferrara in *Moderni Problemi del Diritto* – Milão: Giuffrè, 1938. p. 29. Sobre o evolucionismo: Tanon, L. *L'Évolution du Droit et la conscience social*. Paris: Felix Alcan, 1900. p. 21. Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, São Paulo: RT, 1980. p. 91. Para uma análise geral do evolucionismo sob a perspectiva epistemológica cf. Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. p. 38.

⁴⁸ A exuberância do pensamento funcionalista atual se dá a olhos vistos. Uma descrição de todas as obras de forma a exauri-las se faz impossível em uma pesquisa que não é vocacionada ao seu estudo. Trabalho que merece registro, em razão da sua atualidade e precisão, é o de Juarez Tavares, vez que dirigido às Teorias do Crime (*Teoria do Injusto Penal*, Belo Horizonte: Del Rey, 2000).

⁴⁹ Ao encerrar-se o ciclo das guerras napoleônicas, estabeleceu-se, no começo do Século XVIII, uma organização e um estilo nos cursos jurídicos iniciados no país, que tinham como fundamento e característica dominante o pensamento eurocentrista. A independência do Brasil em 1822 não constituiu uma verdadeira *ruptura* com Portugal, mas uma *bifurcação* da ordem jurídica em vigor, até então sob a forma de Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarve, fruto da inspiração teórica no então Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda. As leis do Reino Unido vigoraram normalmente no novel Império do Brasil. E o novo Estado, contrariamente aos outros latino-americanos, seus contemporâneos, já nasceu dotado de uma estrutura administrativa própria que passou a funcionar normal e continuamente, bem como a incorporar as novas tendências do pensamento europeu, assim, aliás, como ainda hoje ocorre. Deste modo, podemos dizer que havia instituições estatais no Brasil, mas não havia do Estado nacional. Sobre instituições estatais sem Estado cf. R. M. MacIver, *O Estado*, tradução de Mauro Brandão Lopes e Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Martins, 1945. p. 10. Sobre a situação política em perspectiva histórica do Brasil recém-independente cf. Moniz Bandeira, L A *O Expansionismo brasileiro, Rio de Janeiro: Philobiblion, 1985*. Sobre a situação do Império cf. Oviveira Vianna *O ocaso do Império*, 2ª ed., São Paulo: Melhoramentos, 1925. Sobre o “Europeísmo” cf. Nelson Saldanha *Sociologia do Direito*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1980. p. 141.

⁵⁰ Sabidamente *pluralista e relativista*. Sobre *relativismo* cf. Léna Soler *Introduction à l'épistémologie*, Paris: Ellipses, 2000. Sobre *pluralismo* cf. Alberto Buena, *Metafísica y Filosofía*, Buenos Aires: Ediciones Theoria, 2002. p. 119. p. 152. Sobre relativismo cultural e pluralismo cf. Andrew Edgar e Peter Sedgwick *Teoria da A a Z Cultural*, tradução de Marcelo Rollemberg, São Paulo: Contexto, 2003. p. 244 e 282. Sobre relativismo jurídico cf. *Relativismo e Derecho*, de Gustav Radbruch, trad. de Luis Villas Borda, Bogotá: Temis, 1999.

Torna-se, entretanto, compreensível que o interesse legítimo resulte de um empréstimo cultural da Itália para o Brasil. E sabidamente o empréstimo cultural é um fenômeno inverso ao da evolução, pois a Teoria Evolucionista⁵¹ não o explicaria, uma vez que pressuporia um encadeamento de fatos naturalizados que revelassem algum desenvolvimento ou transformação da ideia *ab ovo* até a sua concepção atual – algo que definitivamente não ocorreu, assim como o Funcionalismo, porque o empréstimo foi conceitual e não prático-funcional, a justificar uma tal necessidade imediata de sua criação e tampouco encontrou resultado por causa da utilidade e necessidade de um conceito apropriado.⁵² Depreende-se que é no fenômeno difusionista que se desvenda a forma única de que de fato houve o empréstimo cultural e, portanto, a capacidade de ser difundido de um para outro lugar.⁵³

A recepção, assimilação e nacionalização de um instituto jurídico por qualquer povo demonstram-se, por si mesmas, como expressões de uma inteligência: é esse instituto que patenteia o espírito e a tendência de suas diversas fases, marchando em progresso ou decadência, segundo as modificações de seus costumes, de seus usos, de suas leis e de seu caráter.⁵⁴

⁵¹ Não deve ser confundida a *Teoria Evolucionista* com a *Teoria da Evolução*, que constitui antes um sistema científico que uma doutrina filosófica, segundo a qual os seres vivos, que se agrupam em espécies, adquirem os caracteres fisiológicos e morfológicos que se distinguem através da ação de diversos fatores, como, por exemplo, o ambiente (Lamarck) para o qual a evolução é movida por uma necessidade interna, a seleção natural (Darwin) para o qual é movida pela luta pela sobrevivência, ou o impulso universal e interno de melhoramento orgânico (Bérgson). Ambas as teorias, sob a forma de verbetes, podem ser bem identificadas no Dicionário de Sociologia Globo. Porto Alegre, Rio de Janeiro: Globo, 1981. p.126. Referência direta e contrastante é a de Remo Bodei *A Filosofia do Século XX*, trad. de Modesto Florenzano, São Paulo: Edusc, 2000. p. 21. Demais disso, embora as teorias antropológicas da evolução da cultura tivessem recebido um grande impulso com a publicação das obras de Darwin e Spencer, devemos compreender que foram os filósofos do Iluminismo, especialmente Turgot e Condorcet, as primeiras fontes de muitas ideias que consituíram a Teoria da Evolução Cultural. Cf. Petro, Peti J. *Iniciação ao Estudo da Antropologia*. 2ª ed., trad. de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. p. 30.

⁵² O pensamento difusionista não excluiu a ideia de que haja, de forma correlata, um *processo cumulativo* das informações incorporadas, tanto assim que não se excluiu nenhum instituto em razão de outro assimilado, de modo que ficariam intactos os conhecimento anteriores com as modificações introduzidas pela recepção do novo instituto. Cf. Gordon Childe, *op. cit.* p. 164.

⁵³ Para um exame do Direito Civil desde a Roma antiga até os tempos atuais abrangendo as suas relações com o Direito Constitucional, cf. Heloisa Helena Barboza *Perspectivas do Direito Civil Brasileiro para o Próximo Século in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ* – Rio de Janeiro: Renovar, 1998-1999. p 27.

⁵⁴ Sobre as nossas matrizes culturais e históricas cf. Nelson Saldanha *História das Idéias Políticas no Brasil*, Recife: Imprensa Universitária, 1968. p. 25 e seguintes.

Negar essa nacionalidade originária de um povo, que tenha idêntico sistema, somente pela atitude prévia e teórica de que consistiria uma mera absorção de ideias, é, em razão dos vínculos que unem todos os povos, condená-lo à condição mais subserviente, que ainda depois de ser povo liberto de outro povo, como o brasileiro em relação ao português, e do qual se fez, ignora cardinalmente que tem por destino produzir um benefício em razão da experiência de um em função de outro.⁵⁵

⁵⁵ Temos a crença de que o Funcionalismo constitui hoje o principal obstáculo à recuperação das ideias e teses difusionistas. Entretanto, o vigor e a afirmação do Funcionalismo, sempre presente e citado na mais moderna e atual literatura jurídica, não escapou à crítica arguta e precisa de Nelson Saldanha de que o Funcionalismo encontra-se em verdade um tanto olvidado ou desprestigiado, devido ao fato de pressupor uma visão de *estrutura* social que constitui algo a um tempo complexo e uniforme *in Ordem e Hermenêutica*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 182. Na oportunidade da última nota deste § 8º, é de se registrar que não se faz aqui nenhuma ode à antropologização do Direito, segundo o qual substituir-se-ia a natureza das coisas pela natureza do homem (Simone Goyard-Fabre *Les fondamentes de L'Ordre Juridique*, Paris: Puf, 2002. p. 40). Também não se está querendo admitir relações confusas e ecléticas (Lucien Goldmann *Ciências Humanas e Filosofia*, trad. de Lupe Cotrim Garande e José Arthur Giannotti, 10ª ed., São Paulo: Difel, 1986. p. 35), mas tão-somente buscar respostas aos novos problemas da arte jurídica (Michel Villey *Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 2001. p. 205).

A liberdade de expressão, o direito ao esquecimento e a proteção da intimidade: uma análise jurídica dos conflitos na era digital

Diogo Oliveira Muniz Caldas¹

Resumo

O presente artigo tratará acerca da correlação entre alguns dos direitos fundamentais encontrados na ordem constitucional e as ferramentas digitais utilizadas para a troca e o envio de informações. Além disso, será demonstrado como as alterações e criações normativas disciplinam os eventuais abusos cometidos pelos usuários, ao se valerem do exercício da liberdade de expressão como justificativa para lesionarem o direito de intimidade que terceiros possuem.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; redes sociais; liberdade de expressão; intimidade.

Abstract

This article will deal with the correlation between some of the fundamental rights found in the constitutional order and the digital tools used to exchange and send information. In addition, it will be demonstrated how changes and normative creations discipline the possible abuse by users, by using the exercise of freedom of expression as justification to injure the right of privacy that third parties possess.

Keywords: Fundamental direct; social networking; free speech; intimacy.

Introdução

Com o desenvolvimento de novas tecnologias, principalmente as voltadas para a internet, situações concretas acerca da discussão da aplicabilidade dos direitos fundamentais são cada vez mais discutidas. O direito à livre expressão ganhou contornos quase que ilimitáveis ao permitir que o usuário utilize o seu computador pessoal como veículo comunicador de seus sentimentos e emoções. Entretanto, essa falsa sensação de proteção que decorre da troca de mensagens pelas redes sociais acaba por incentivar, a cada dia mais, a violação de direitos e, conseqüentemente, o aparecimento de lesões.

¹ Doutor em Direito - Universidade Veiga de Almeida (UVA). Email: diocaldas@hotmail.com

A discussão desses casos no campo constitucional vai além do simples envio de uma mensagem, pois toca diretamente em outros direitos que são consagrados como fundamentais na Carta Magna. Da falta de limites de suas opiniões surgiram os *haters*, termo usado para designar aqueles que utilizam a internet para ofender ou agredir terceiros, que justificam suas mensagens no sagrado direito da liberdade de expressão. Infelizmente, acabam por esquecer que essa liberdade não deve ser confundida com a falta de controle desse direito, verificando que, em caso de lesão, pode e deve ser reparada pelo autor do dano.

A intimidade, outro importante aspecto que será discutido no presente texto, deve ser preservada nos termos indicados pela Constituição Federal de 1988. As liberdades, estabelecidas na mesma norma, devem ser equacionadas de acordo com a natureza do assunto em questão. Nestes termos, são observadas algumas situações distintas, como, por exemplo, a transferência de um jogador de futebol para outro clube. Como se trata de assunto de interesse do público em geral e não ofende a intimidade nem a honra dos envolvidos, pode ser veiculada pelos canais de comunicação sem quaisquer lesões ocasionadas. Em via oposta, se a mãe do mesmo atleta está fazendo um tratamento para tentar curar uma doença grave, essa notícia não deve ser transmitida, salvo em caso de autorização, pois não se trata de assunto necessário ao entendimento popular, mas sim, de um assunto abordado meramente para fins comerciais pela comoção que causará.

Em sua última parte, o presente texto abordará o direito ao esquecimento, muito debatido na seara jurídica em se tratando de informações divulgadas pela *internet*. Será que uma ação realizada por alguém deve permanecer gravada nos bancos das ferramentas de pesquisas para a eternidade ou a pessoa, por meio do uso dessa prerrogativa, poderá solicitar a eliminação definitiva dessa notícia. Até que ponto pode-se falar em esquecer um ato praticado no passado forçando, judicialmente, a retirada dessas informações sem configurar, por exemplo, censura.

Assim, com uma breve reflexão das questões supracitadas, pretende-se criar uma via reflexiva para que o debate desses conflitos, envolvendo direitos fundamentais, possam ter novas dimensões. A análise de casos concretos, a investigação de normas regulamentadoras, criadas para proteção dos usuários e o uso da análise da carta constitucional, por meio das obras de grandes autores do Direito Constitucional serão de fundamental importância para que a correlação direito e *internet* possa ser feita adequadamente.

1. Aspectos gerais acerca dos direitos fundamentais.

Inicialmente, antes de realizar qualquer tipo de investigação na aplicação desses direitos nas ferramentas digitais, é recomendado tecer algumas considerações, de cada um deles, individualmente. Sem entender, de forma geral, quais efeitos são por eles gerados, a tarefa de entender seu entrelaçamento no campo do estudo em questão se tornaria infrutífera. Assim, por meio da análise dos direitos fundamentais, serão gerados instrumentos com dupla finalidade: permitir, no plano jurídico, a liberdade positiva de se realizar ações que, sem eles, não seriam possíveis e proteger, os cidadãos em geral, contra eventuais abusos do Estado ou de outros administrados.

Entretanto, em algumas situações específicas, há a colisão entre dois ou mais direitos fundamentais o que acaba por gerar uma controvérsia ao se tentar estabelecer qual direito deve prevalecer em detrimento do outro. Esses casos permearão o presente estudo visto que a importância em determinar o raio de produção dos efeitos de cada um deles é essencial para que vários casos concretos, que são apresentados atualmente nos tribunais brasileiros, possam ser resolvidos.

Para que os direitos fundamentais possam ter possíveis conflitos resolvidos, algumas medidas devem ser realizadas, entre elas: a identificação desses direitos, as razões que levam ao conflito, a análise se há ou não uma reserva legal estabelecida em lei e se as soluções propostas atentam ou não contra os direitos humanos e a dignidades dos mesmos. Passa-se assim, em primeiro momento, para a análise dos direitos fundamentais, que, corriqueiramente, provocam essas colisões.

1.1. Direito de pensamento e sua responsabilização dos eventuais danos provocados.

O primeiro direito a ser estudado é o encontrado no Art. 5º, incisos IV e V, da Constituição Federal de 1988: a liberdade de pensamento e a respectiva reparação por danos provocados. Em uma visão abrangente, deve ser entendido que a ordem constitucional protege a livre manifestação do pensamento dos cidadãos, permitindo, em todo o território nacional, sua manifestação de forma pública e geral. Um dos principais debates acerca desse direito é a proibição da restrição prévia de informação ou, como mais costumeiramente conhecida, quaisquer formas de censura.

A livre forma de pensamento ou opinião, classificada como direito fundamental de primeira geração, representa a possibilidade de os indivíduos

expressarem livremente seus sentimentos exteriorizando seu ponto de vista acerca dos mais distintos assuntos, como, por exemplo, o debate acerca das diferenças religiosas, a discussão sobre a situação política do país e manifestações que toquem em questões raciais. Veja, não há nenhum problema em comentar esses e outros assuntos, desde que isso seja feito sem abuso ou respeitando-se os limites legais. Em sua obra, André Puccinelli Júnior reforça a importância da comunicação, principalmente no campo político, ao manifestar-se sobre o assunto.

A livre expressão do pensamento também envolve para muitos autores o direito de fazer proselitismo, ou seja, a prerrogativa de um indivíduo convencer seus pares a aderir às suas próprias convicções, atividade que não raro demanda os meios de transmissão necessários à exteriorização de opiniões, crenças e ideologias, residindo aí, portanto, o direito de arena dos partidos políticos. Tal é o direito que assiste às agremiações políticas de utilizar o espaço gratuito em cadeia nacional de rádio e televisão para divulgar propostas e ideais partidários.²

Uma das principais dúvidas ao se estabelecer esse critério amplo de manifestação é a possível lesão de terceiros pelo pensamento veiculado. Ocorre que, no mesmo dispositivo há uma harmonização dessas questões ao estipular a possibilidade de indenização, *a posteriori*, que será concedida por meio de provocação ao Poder Judiciário. Isso não só não exclui a reparação do dano, em virtude dos prejuízos causados, como também não fere a liberdade de pensamento apregoada no texto constitucional. Além disso, essa penalidade pode ser cumulada com o direito de resposta, em igual forma de exposição, com o escopo reparatório das informações que atentem contra a honra ou a dignidade da pessoa humana.

Infelizmente, nos últimos anos a invocação do direito à liberdade de expressão para ofender aspectos relativos à raça, credo, gênero tem sido feita de forma sistemática e equivocada. Esse direito, por mais importante que seja, não é absoluto, sofrendo restrições de acordo com a característica de cada um, de forma mais ou menos incisiva. Ao se viver em uma sociedade democrática, é possível emitir opinião sobre os mais diversos assuntos, mas isso não deve ser confundido com liberdade de ofensa ou agressão aos que possuem outros pontos de vista.

² PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. P.219.

1.2. Direito de expressão da atividade intelectual artística e científica e de comunicação (Art. 5º, IX, CF).

O livre exercício da comunicação social, que possui fulcro no artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal e também está disposto, como forma de ordem social, no artigo 220 da mesma carta, estabelece uma verdadeira via aberta de comunicação do indivíduo pelo uso de canais de comunicação em massa, sem a necessidade de autorização ou licença. Aqui, ao serem interpretados conjuntamente, esses dispositivos garantem a liberdade de criação, expressão e de pensamento, permitindo sua difusão pelos mais diversos meios de comunicação.³

Cabe ressaltar aqui que, por maior que seja a liberdade instituída aos destinatários da norma, devem ser preservadas camadas sociais específicas, analisando seus aspectos de vulnerabilidade. Para melhor elucidar a afirmação acima, explica-se: não é razoável, por mais que a liberdade de comunicação seja garantida pela ordem constitucional, que uma criança ou adolescente tenha acesso a conteúdo de cunho pornográfico. É de fácil constatação que esse caso não trata de censura ou restrição aos aspectos gerais de informação, mas apenas uma regulação, diante da especificidade apresentada, do que será veiculado a esses destinatários visto que tal conteúdo poderia influenciar diretamente na sua formação. Dessa forma, como determina o artigo 21 da Constituição Federal, foi conferida competência a União para estabelecer um critério de classificação indicativa das informações, principalmente das veiculadas na televisão, para proteger crianças e adolescentes.

Em última síntese, deve-se entender que a Administração Pública não substitui o controle dos pais no que tange a qual programação deve ser assistida pelos menores de idade, mas apenas realiza um verdadeiro trabalho auxiliar, permitindo que esses possam, ao terem acesso a essas indicações, decidirem quais informações serão expostas a seus filhos.

1.3. Direito à intimidade, vida privada, honra e imagem (Art. 5º, X, CF).

Em que pese o direito à intimidade e vida privada estar disposto no mesmo artigo da carta constitucional que os demais direitos fundamentais anteriormente citados, ele deve ser entendido como um limitador legal do exercício desses. De forma simples, para que não se perca o controle razoável e de ponderação das informações veiculadas, o direito à intimidade estabelece uma verdadeira barreira jurídica que moldará o exercício dos demais.

³ MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2018. P. 51

É importante salientar que não se trata de censura estabelecida entre particulares, observando que, nesse caso, o que se pretende é impedir que, baseados nos anseios da liberdade de expressão, terceiros venham a divulgar informações, de cunho pessoal, desnecessárias ao grande público. Esse é um dos principais pontos de discussão nos tribunais: diferenciar qual informação é do público e qual seria para o público. Enquanto aquela é totalmente relevante, pois diz respeito ao direito coletivo à informação, esta, de modo contrário, não tem relevância pública, ou seja, precisaria de prévia autorização já que faz parte da intimidade de uma pessoa.

Com relação ao aparecimento de uma lesão e sua eventual reparação, a informação do público não exige autorização prévia para ser veiculada, não gerando, portanto, indenização. Entretanto, a informação para o público precisa de uma autorização prévia para ser divulgada ou ensejará o pagamento de indenização. Esta deverá reparar tanto a honra objetiva como a subjetiva, explicada de forma clara por André Puccinelli Junior em sua obra: “O direito à honra compreende tanto a dignidade e a moral intrínseca do homem (honra subjetiva) como a estima, a reputação e a consideração social que as pessoas nutrem por dado indivíduo (honra objetiva). [...]”.⁴ A responsabilidade civil pode contemplar duas espécies de dano: o dano material, que pode ser por dano emergente (é a reparação do que efetivamente foi perdido; o valor necessário para que determinada situação volte ao estado anterior à lesão) ou por lucros cessantes (é o quanto a pessoa deixou de auferir, economicamente, por causa do ato violador) e, também, pode ensejar o dano moral, que pretende alcançar todos os prejuízos causados por distúrbios de ordem psíquica ou extrapatrimonial.

No ambiente das redes sociais, esse direito tem sido muitas vezes violado, principalmente, em casos com manipulação de fotos de ex-namorados, a invasão e posterior publicação da foto da intimidade de celebridades na grande rede, a invasão de computadores para a busca de informações comprometedoras de determinada pessoa, entre outras situações. Essa invasão de privacidade cibernética tomou proporções tão devastadoras que foram criadas delegacias especializadas em combater crimes virtuais.

Para que o direito à intimidade seja preservado, cada movimento feito na rede mundial de computadores é minuciosamente monitorado por policiais treinados para solucionar esses tipos de crimes. Os rastros virtuais deixados pelos criminosos e a identificação de cada computador por um número de Internet Protocol (IP), que seria uma espécie de registro de identificação de cada computador.

⁴ PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018. P.229.

Por fim, mesmo com todos esses instrumentos de combate aos crimes virtuais e proteção da honra na rede mundial de computadores, costumeiramente acabam por aparecer casos novos e em territórios cada vez mais difíceis de serem investigados, como no caso da *Web Invisível* ou *Deep Web*. Trata-se de um universo de sites, criados randomicamente, com fins específicos, que não são registrados nos mecanismos de busca, tornando-se difíceis de serem encontrados. Entre os conteúdos comercializados, de forma ilegal, estão informações particulares como, por exemplo, números de identificação oficial, senhas privadas, armas, fotos pornográficas, materiais de pedofilia e drogas.

2. A liberdade de expressão, a intimidade e o direito ao esquecimento na era digital.

Alguns casos acabam por apresentar colisão dos direitos fundamentais, envolvendo ferramentas digitais, que lesionam, principalmente, o direito à intimidade e outros correlatos, como, por exemplo, o direito ao esquecimento. Serão analisados, logo a seguir, casos reais em que esse conflito aparece e como foram decididos, pelos tribunais ou fora deles.

A interferência dessas ferramentas se mostrou presente em caso ocorrido no decorrer da Copa do Mundo da FIFA 2014, realizada no Brasil, quando uma enfermeira foi demitida ao filmar a chegada, ao hospital, do atleta Neymar, que se lesionara em jogo contra a seleção da Colômbia, válido pelas quartas de final.⁵ Nota-se que, por mais questionável a atitude da profissional ao divulgar informação de algo ocorrido nas dependências do hospital que trabalhava, a quebra do vínculo empregatício se deu por meio de aspecto probatório do vídeo postado no Youtube.

Nesse primeiro caso, é necessária uma análise: o que deve prevalecer? O direito de livre expressão, ao divulgar a chegada do atendimento ao jogador, ressaltando que se trata de informação do público, ou seja, milhares de torcedores desejavam saber se a Seleção Brasileira de Futebol contaria com seu principal jogador, no principal evento esportivo mundial ou o direito à intimidade e resguardo das regras das relações de trabalho, visto que seria uma informação para o público, por se tratar de aspecto íntimo, não sendo relevante ao grande público, apenas ao jogador e a seus familiares, respaldado o mínimo de dignidade da pessoa humana?

⁵ JORNAL EXTRA. **Copa 2014: enfermeira é demitida após filmar e comemorar a chegada de Neymar a hospital em Fortaleza.** Disponível em: <http://extra.globo.com/esporte/copa-2014/copa-2014-enfermeira-demitida-apos-filmar-comemorar-chegada-de-neymar-hospital-em-fortaleza-13154159.html>. Último acesso em 22 de novembro de 2018.

Esse difícil limite entre a liberdade de expressão e o resguardo à intimidade é cada vez mais frequente, observando que contrapõe dois direitos garantidos pela ordem constitucional. Ambas as argumentações possuem justificativa para sustentarem sua aplicabilidade, mas é facilmente visível que há uma clara colisão entre as normas citadas.

Um segundo caso, este de maior repercussão nacional, ocorreu entre a atriz Carolina Dieckmann e o Programa Pânico na TV, em 2005, no quadro humorístico chamado “Sandálias da Humildade”. O esquete em questão tinha como escopo perseguir celebridades que, de acordo com os componentes do programa, não eram consideradas humildes e forçar que a personalidade escolhida calçasse uma sandália de cor dourada, a qual, supostamente, conferiria a ela a citada qualidade.

No decorrer da produção dessa atração, os humoristas foram até o condomínio onde a atriz mora e, utilizando-se de um guindaste e um megafone, começaram a chamar pelo seu nome para que a mesma aceitasse o que fora proposto. Entretanto, tal fato acabou por se tornar uma ação judicial movida pela atriz contra a emissora que veiculava o programa. A atriz, em suas razões, pautou-se no perigo que ela e seu filho foram expostos por revelarem o lugar onde eles residiam, além do constrangimento a que foram submetidos.

Na contestação apresentada pelos advogados da emissora, foi citado o direito à liberdade de expressão por parte da imprensa, respaldado pelo direito de informar, e que a atitude da atriz, se acolhida, seria caracterizada como uma censura, o que é frontalmente proibido pela Constituição Federal. Ademais, os patronos também alegaram que se tratava de programa humorístico, onde tal atração era realizada, até o momento, sem reclamação por parte de outros famosos, justificando a não intenção em denegrir a honra ou imagem da atriz e de sua família.

O caso foi julgado, em primeira instância, pelo Juiz Rogério de Oliveira de Souza, da Vigésima Vara Cível do Estado do Rio de Janeiro em processo de número 2005.001.117530-6. A sentença apresentou como argumentações do magistrado a falta de cunho jornalístico do programa, o que afastaria a liberdade de imprensa e o dever de informação. Além disso, foi entendido que a informação (se tal pessoa é ou não humilde) não era do público, assim sendo de cunho íntimo e só podendo ser veiculada com plena anuência da autora. No decorrer de sua exposição, o magistrado também citou o artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que estabelece a não obrigatoriedade para a prática ou abstenção de um ato, salvo por indicação constante em ordem legal. Por fim, de acordo com o artigo 20 do Código Civil Brasileiro, a transmissão de imagens ou publicação de palavra pode ser proibida pela pessoa, se atingirem sua honra, respeitabilidade ou se tiverem como objetivo fins comerciais.

Este caso foi decidido com a procedência do pedido autoral, condenando a emissora ao pagamento de R\$ 35.000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de danos morais e foi estipulado R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) como multa, cada vez que fosse veiculado o nome da atriz ou referência ao local onde a mesma reside (incluindo nas redes sociais dos humoristas, *site* oficial do programa e no Youtube). Cabe ressaltar que vários recursos foram utilizados, por parte da emissora, mostrando-se, porém, ineficazes, sendo o processo arquivado em 27 de maio de 2009.⁶

A intimidade também pode ser violada quando alguém resolve divulgar fotos ou vídeos íntimos do casal, foi o que ocorreu com a jovem Francine Santos. A jovem vendedora de Goiás teve sua vida totalmente alterada quando vídeos e fotos de cenas amorosas, da qual fazia parte, foram divulgadas rapidamente pelo Whatsapp e em redes sociais. Após o ocorrido, a vítima perdeu o emprego e, sem o rendimento do mesmo, teve que largar a faculdade de *design* de interiores. Pela lesão causada pelo direito à intimidade, Francine solicitará a reparação pecuniária ao suspeito que, até o momento, só foi condenado a cinco meses de prestação de serviços comunitários.⁷

Cabe ressaltar que, neste caso, a vida de jovem nunca mais será a mesma. O vídeo, que foi feito como uma demonstração do carinho entre o casal, ao ser divulgado indevidamente, acabou por destruir a vida de Francine. Ao não conseguir mais emprego, ter que largar a faculdade, além de ter virado meme nas redes sociais, ela poderá ser obrigada a mudar de cidade e recomeçar a vida, tarefa que não será das mais fáceis uma vez que a rede mundial de computadores acaba por armazenar essas informações por muito tempo.

Em nova situação, a atriz Carolina Dieckmann teve seu computador pessoal invadido por *hackers*, e seus arquivos, com várias fotos íntimas, foram divulgados pela *internet*. O caso teve tanta repercussão nacional que acabou originando a Lei número 12.737 de 30 de novembro de 2012. Esta estabelece uma pena de até 3 anos e multa para todo aquele que violar dispositivo digital, conectado ou não na rede mundial de computadores, com o intuito de divulgação, sem autorização, de imagens e arquivos com fins ilícitos.⁸

⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www4.tj.rj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProcesso=2005.001.117530-6>. Último acesso em: 22 de novembro de 2018.

⁷ SITE G1. **Fran faz campanha por lei que torne crime a divulgação de vídeos íntimos.** Disponível em: <http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/fran-faz-campanha-por-lei-que-torne-crime-divulgacao-de-videos-intimos.html>. Último acesso em 29 de novembro de 2018.

⁸ SITE G1. Tecnologia e Games. **Lei “Carolina Dieckmann”, que pune invasão de PCs, entra em vigor.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html>. Último acesso em 29 de novembro de 2018.

O quinto caso aqui narrado é de um fato ocorrido com a modelo Daniela Cicarelli e seu namorado Renato Malzoni, em uma praia localizada em Cádiz, na Espanha. Ambos foram filmados na água enquanto trocavam carícias, o que bastou para serem levantadas as mais diversas suspeitas do que estava sendo feito. Trata-se de caso bastante distinto, pois, ao contrário da modelo, o namorado não era pessoa famosa e isso o afetou diretamente nas atividades do dia a dia.

A ação proposta por Renato, tendo como terceira interessada Daniela, pautava-se no respeito a princípio da dignidade da pessoa humana e no direito ao esquecimento. Foi requerida, por meio de ação inibitória cumulada com tutela antecipada, a abstenção definitiva do mecanismo de busca Google e do *site* Youtube de exibir os vídeo ou fotos do casal extraídas ou de fornecer os *links* para que possam ser encontradas essas informações.⁹

O pedido, que fora diretamente indeferido em primeiro grau, foi reformado em grau de apelação para que o *site* se abstinisse de expor aquelas imagens e vídeos, sob pena de pagar ao autor multa diária de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). O colegiado de desembargadores entendeu que as imagens de pessoas, em posições amorosas no mar e na areia da Espanha, devem ter sua intimidade resguardada, por mais que uma delas seja famosa. Como não houve consentimento na publicação e por não haver interesse público em manter a ofensa a direitos fundamentais, há lesão e consequentemente responsabilidade por parte daqueles que divulgam ou hospedam conteúdo.

Os *sites*, que deviam cumprir o determinado em juízo num prazo de 30 dias (trinta dias), deixaram de cumprir entre 29 de setembro de 2006 e 28 de junho de 2007, o que resultaria em um valor estratosférico que, segundo o pedido autoral, se aproximava dos 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Entretanto, utilizando juízo de razoabilidade e proporcionalidade, além do direito ao esquecimento, o Relator Ministro Luís Felipe Salomão votou em manter a indenização total em 500.000,00 (quinhentos mil reais) a serem divididos entre os dois requerentes.

Outra importante pauta relativa ao direito ao esquecimento se encontra nas discussões de como proceder quando um usuário de rede social vem a falecer. Os familiares, por sentir dor e desconforto em deixar o perfil do ente falecido ativo pode requerer a retirada do perfil do mesmo amigavelmente ou, até mesmo, judicialmente. Ao realizar breve pesquisa, cada uma das principais redes sociais ofertam caminhos para que isso seja feito sem a necessidade de demanda judicial.

⁹ SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Recurso Especial Número 1.492.947-SP**. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/youtube-cicarelli.pdf>. Último Acesso em: 22 de novembro de 2018.

No caso do Twitter, é necessário enviar um e-mail para privacy@twitter.com e enviar uma cópia do atestado de óbito, nome completo do usuário, o grau de parentesco entre solicitante e falecido, nome do usuário, entre outros. O Facebook procede de forma um pouco distinta. Nesse caso, deve ser preenchido um formulário *online*, informando: nome completo do solicitante e do usuário, *e-mail* de ambos, o *link* com o perfil que se deseja apagar, grau de parentesco e uma cópia do atestado de óbito. Aqui o familiar também tem a opção de transformar o perfil indicado em um memorial para homenagear o usuário falecido, o que deve ocorrer após preenchimento de outro formulário.¹⁰

Outros *sites* como Google+ e LinkedIn também possuem opções de exclusão do perfil de falecidos. Enquanto este possui também um formulário que deve ser preenchido com a explicação do ocorrido e o anexo das documentações comprobatórias, aquele não possui formulário disponível, devendo o requerente aguardar nove meses de inatividade do usuário para ser apagado automaticamente ou, se algum familiar tiver acesso ao perfil, pode deletá-lo ao acessar a conta.

Entre as diversas situações já citadas anteriormente, outros casos continuam aparecendo no ambiente virtual:

- a) os *haters* que, em uma falsa justificativa do uso da liberdade da expressão, espalham o ódio ao ofender a honra de outras pessoas, baseando-se em aspectos ligados a minoria religiosa, de gênero, de raça ou credo;
- b) a profissionalização da divulgação de dados pessoais das pessoas, por meio de *sites* que vendem essas informações;
- c) a disseminação de boatos inverídicos, que podem acarretar a morte de pessoas envolvidas.

Esses absurdos que acontecem diariamente devem ser combatidos por meio de uma norma adequada e que imponha severas punições aos agentes lesivos. No próximo tópico, analisar-se-ão os principais dispositivos criados com o escopo de prevenir, reprimir e/ou punir os praticantes de ilícitos nesse ambiente.

3. Alterações legislativas concernentes aos crimes virtuais.

Na parte final deste artigo, serão investigadas as principais alterações relativas aos atos ilícitos praticados na rede mundial de computadores e em outros dispositivos digitais. Como se sabe, a presente lei penal brasileira não

¹⁰ SITE IG. TOZZETTO, Cláudia. **Como cancelar o perfil de falecidos no Facebook e Twitter.** Disponível em: <http://tecnologia.ig.com.br/especial/como-cancelar-o-perfil-de-falecidos-no-facebook-e-twitter/n1597697066336.html>. Último acesso em 29 de janeiro de 2018.

possui tipos penais específicos de condutas inadequadas na internet sendo, na maior parte dos casos, aplicada norma com interpretação análoga ao Código Penal. Por falta de tipificação específica, muitas vezes as sanções aplicadas são brandas demais, não sendo compatíveis com a lesão causada pela conduta do agente.

É imperativo ressaltar, de forma especial, que algumas normas têm sido criadas para combater, especificadamente, os crimes ligados ao ambiente virtual. Esses projetos e suas propostas, analisadas a seguir, são de suma importância para traçar uma perspectiva futura das respostas legislativas contra esses atos, que crescem cada dia mais.

3.1. Marco Civil da Internet

Em 2014, foi publicada a Lei Número 12.965, chamada popularmente de Marco Civil da Internet. Na época em que o projeto de lei foi proposto, existiam no Brasil cerca de 68 milhões de usuários¹¹ da rede mundial de computadores. Esse número expressivo, por mais que indique uma evolução na oferta desse tipo de serviço pelos servidores, também demonstra uma importância ímpar no que tange ao que é escrito e publicado nas redes sociais.

Desde 1995 vários projetos tinham sido propostos para tentar regulamentar os atos praticados na rede mundial de computadores, mas os mesmos se mostravam infrutíferos. A principal consequência da falta de uma legislação específica sobre ações no ambiente virtual é que isso tornava as decisões dos magistrados mais difíceis, pois era uma árdua tarefa punir o usuário visto que não havia tipificações estabelecidas em norma para que isso ocorresse.

Além das discussões de punições dos usuários por possíveis atitudes praticadas, os novos contratos jurídicos gerados por compradores em lojas virtuais não obtinham resguardo da legislação existente à época. Com o objetivo de superar essas barreiras, foi elaborado o projeto de lei número 2.126 de 24 de agosto de 2011. Esse projeto trouxe os aspectos de mensuração de deveres e responsabilidades das prestadoras de serviço e da atuação a ser realizada pelo Estado, que ao mesmo tempo regula os atos práticos sem lesionar o direito de livre expressão.

A população também foi convidada a participar da elaboração desse projeto de lei. Entre outubro de 2009 e maio de 2010, mais de dois mil comentários diretos e outros muitos, por meio da *hashtag* “marcocivil”, foram

¹¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Último acesso em 04 de fevereiro de 2019.

feitos com o intuito de tornar a lei mais humana e democrática. A proposta de lei fora dividida em cinco partes distintas: disposições preliminares (que tratavam de aspectos gerais e definições acerca das ações realizadas na *internet*), direitos e garantias do usuário (trazendo um rol de direitos e obrigações a serem observadas pelos usuários, além de reconhecer a *internet* como um direito essencial ao exercício da cidadania), provisão de conexão e de aplicações de *internet* (tratando do serviço ofertado, do papel dos servidores, do papel da *web 2.0*, da guarda e utilização dos dados, entre outros), atuação do poder público (o papel do Estado ao delimitar o respeito à intimidade e liberdade de expressão dos usuários, além de impor os poderes que podem ser exercidos) e as disposições finais (tratando dos aspectos não relatados nas sessões anteriores, principalmente, na defesa dos interesses individuais e coletivos).

Então, pautados em pilares como o comércio eletrônico, o combate aos crimes virtuais e a proteção dos dados dos usuários o marco civil foi publicado em 2014 para determinar princípios, garantias e direitos para os usuários da rede mundial de computadores no Brasil.

3.2. O Projeto de Lei 215 de 05 de fevereiro de 2015.

Esse projeto, proposto pelo Deputado Federal Hildo Rocha, possui como objetivo acrescentar o inciso V ao artigo 141, do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal Brasileiro). Sendo aprovada essa proposição, será tipificada a punição dos crimes contra a honra praticados nas redes sociais.¹²

A justificativa apresentada junto ao Projeto de Lei pauta-se no resguardo à honra e à intimidade das pessoas contra crimes que são praticados em diversas redes sociais e aplicativos de trocas de mensagens, como, por exemplo, o Facebook e o Whatsapp. Pelo crescimento do uso dessas ferramentas e pela rápida troca de informações, que se intensificam cada dia mais, os efeitos possuem enorme alcance. Ademais, quando as notícias veiculadas são lesivas à honra de alguém, as alterações provocadas na vida da vítima são gravíssimas tendo, além do dano psicológico configurado, a perda do emprego e, em alguns casos, até a necessidade de mudança de domicílio.

Na época em que o Código Penal foi elaborado, não existia necessidade de tipificar uma punição a essas ações violadoras da intimidade por práticas em rede social, já que elas ainda não existiam, visto o desenvolvimento tecnológico encontrado naquele momento. Por essa necessidade de atualização

¹² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições: Projeto de Lei 215/2015**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Último acesso em 20 de março de 2019.

da legislação penal, além de acrescentar o inciso V, propõe-se o aumento em 1/3, a ser computado como agravante, das penas encontradas no capítulo V, relativo aos crimes contra a honra.

No dia 06 de outubro de 2015, o substitutivo aos Projetos de Lei Números 215, 1.547 e 1.589 desse mesmo ano, teve sua aprovação pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Entre suas principais alterações, podem ser destacadas:

a) o artigo 141 do Código Penal terá o acréscimo do parágrafo 2º, que estipula a contagem da pena em dobro, para os crimes praticados com o uso da *internet* que resultem em morte da vítima;

b) a do caput do artigo 145, da mesma lei, que permite a provocação da jurisdição penal, de forma diversa da queixa, no caso do artigo 140, parágrafo 2º ou em situações que resultem no disposto no artigo 141, parágrafo 2º;

c) a modificação do artigo 323, do Código Processual Penal, que acrescenta o inciso VI, estabelecendo como crimes, sem possibilidade de fiança, os que forem praticados contra a honra e resultarem na morte da vítima;

d) a alteração do parágrafo 3º, do artigo 10, da Lei 12.965 de 23 de abril de 2014, impondo a obrigatoriedade aos provedores para que sejam instituídos meios de fornecimento de dados cadastrais dos usuários para o atendimento de solicitações das autoridades competentes;

e) o acréscimo do parágrafo 3º-A, do artigo 19, da lei supracitada, que permite ao requerente, por meio de provocação judicial, a retirada de conteúdo da rede mundial de computadores, que associe seu nome ou imagem às seguintes situações: fato criminoso que tenha sido absolvido ou que tenha transitado em julgado e a fato ligado a calúnia, injúria e difamação;

f) a inclusão do parágrafo 4º, do dispositivo anterior, que prevê a concessão de tutela antecipada em casos pautados em prova inequívoca e interesse coletivo, que possuam pressupostos de verossimilhança ou dano irreparável;

g) alteração do artigo 21, passando a vigorar com o conteúdo que permite a aplicação de multa em caso de descumprimento no estabelecido no artigo 19, citado anteriormente, sem prejuízo de eventuais responsabilidades civis ou penais;

h) criação do artigo 23-B, a instituição de crime, punido com reclusão de dois a quatro anos e multa, pelo fornecimento de registro de conexão ou acesso a *internet* sem observar as hipóteses legais.

Entre as modificações elencadas, a que mais causou controvérsia foi a explicada nos itens “e” e “f”, pois foram consideradas formas de censura, o que é diretamente proibido pela ordem constitucional. De um lado, as pessoas

favoráveis ao projeto ressaltam a necessidade de se resguardar o recomeço de uma vida ou, até mesmo, o direito a esquecer de certos atos praticados por alguém (exemplo: o direito de esquecer um crime que fora praticado, mas que já teve a pena totalmente cumprida). Em via oposta, algumas pessoas indicaram que tal projeto seria uma forma de violar o direito fundamental da liberdade de expressão, pois isso impediria que a coletividade soubesse de fato de relevância pública (exemplo: saber que determinada pessoa, por mais que já tenha cumprido toda a pena, tenha cometido certa tipificação como forma de proteção de seus familiares ao, por exemplo, se afastar daquele cidadão).¹³

Atualmente, o Projeto de Lei 215/2015, que tramita de forma ordinária na Câmara dos Deputados, encontra-se sujeito à apreciação do Plenário da mesma casa.

3.3. Projeto de Lei 5.555 de 09 de maio de 2015.

Este projeto, que altera a Lei número 11.340, de 07 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), vem propor mecanismos para prevenir e punir condutas que sejam praticadas, na rede mundial de computadores ou em qualquer outro canal de transmissão de informação, de forma ofensiva contra a mulher.

A violação da intimidade por meio da divulgação de vídeos ou fotos, originais ou por meio de montagens, que sejam transmitidas pela *internet*, ou outro meio sem o consentimento da mulher, provocam lesões em sua intimidade. Ademais, por ordem judicial, o provedor de serviço de *e-mail*, perfil de rede social ou de qualquer outro meio de difusão de informação pode ser obrigado a retirar a informação ofensiva, num prazo de 24 horas.

3.4. Lei Geral de Proteção de Dados (13.709 de 14 de agosto de 2018).

A 13.709/2018, que entrará em vigor em março de 2020, trouxe uma série de inovações legislativas no que tange à proteção à intimidade e à utilização dos dados. Sofrendo interferência da nova norma qualquer: uso, transação, modificação, compartilhamento das informações pessoais do usuário.¹⁴

O artigo 2º, inciso IV, da legislação supramencionada, indica que uma das premissas de aplicação da norma é a proteção à intimidade, honra e imagem. Assim, em uma primeira análise dos fatos, pessoas que demonstrarem

¹³ SITE VEJA.COM. CCJ aprova “direito ao esquecimento” na internet. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/ccj-aprova-lei-do-esquecimento-na-internet/>. Último acesso em 30 de fevereiro de 2019.

¹⁴ BRASIL. LEINº 13.709, DE 14 DE AGOSTO DE 2018. Vade Mecum Civil e Empresarial. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.

uma lesão causada pela exposição de sua imagem teriam a capacidade ativa para postular, administrativamente ou em juízo, requerimento para retirada daquela informação nociva.

De acordo com diversos juristas, será necessário criar uma estrutura que contemple: assessoria jurídica especializada em proteção de dados, análise de cenários, instauração de um programa de *compliance* específico, elaboração de novos Termos de Uso e Política de Privacidade, em consonância à Lei Geral de Proteção de Dados.

A penalidade pelo descumprimento da nova norma também é severa. O artigo 52, inciso II da LGPD, indica que as empresas que não se adequarem ao novo regime jurídico poderão incorrer em infrações às normas de proteção de dados, o que pode implicar em aplicação de multa de até 2% do faturamento anual da empresa ou R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), o que for menor (por infração).¹⁵

Um contraponto deve ser feito e já permeia a mente de vários juristas: será que essa proteção, utilizada da forma que está, com severas lacunas legais a serem preenchidas, não poderia levar a uma lesão e não uma proteção?

Ainda é cedo para constatar, mas aplicar uma norma, que vem suscitando dúvidas desde o momento de sua publicação, sem responder ou esclarecer as principais dúvidas e pontos obscuros, pode ocasionar não apenas uma proteção aos dados, mas sim uma verdadeira censura.

Considerações finais

Como visto no presente texto, os direitos fundamentais são cada dia mais importantes na era digital ao serem observadas colisões em situações envolvendo ferramentas digitais. A carta constitucional deve ser respeitada, pois se trata da norma jurídica basilar no ordenamento jurídico pátrio. Além de estabelecer um mecanismo de freio ao comportamento estatal, também impõe uma série de condutas a serem obedecidas nas relações entre particulares. A prática de um determinado ato, pautado em uma interpretação distorcida e inadequada de algum desses direitos, deve ser prontamente analisada e repelida, comprovada lesão a terceiros.

Vários casos têm acontecido no Brasil e no mundo, principalmente envolvendo redes sociais como o Facebook. A reprodução não autorizada de informações, a divulgação de informações ofensivas à honra de outrem ou a divulgação de fatos, sem quaisquer limites, acabam por produzir casos

¹⁵ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 1. ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

em profusão. Essa crescente onda de “lesões no ambiente virtual” contrapõe dois direitos fundamentais dos mais importantes: a liberdade de expressão e a intimidade. Cabe ao Poder Judiciário, com o respeito à vontade do legislador, interpretar as normas com a devida cautela para delimitar a tênue linha entre essas duas áreas. Ultrapassar a adequada limitação destas gera, de um lado, um perigoso canal sem regras para que sejam postadas as mais diversas informações, por mais lesivas que sejam e, de outro, estabelece uma forma disfarçada de censura às mais distintas opiniões, com a justificativa de se preservar o interesse público.

Por fim, a criação de normas jurídicas nos últimos anos demonstra a importância do assunto no cenário nacional. O Marco Civil da Internet, muito debatido até hoje, está longe de ser uma unanimidade no que tange ao respeito dos direitos fundamentais. Além disso, as alterações propostas, pelo substitutivo do Projeto de Lei 215/2015, trazem importantes modificações na regulamentação das ações praticadas no campo virtual, mas que devem ser discutidas com maior cautela acerca de uma possível prática de censura disfarçada de proteção à intimidade.

Referências

- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento**. 1ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 2.126 de 24 de agosto de 2011**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=517255>. Último acesso em 04 de fevereiro de 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições: Projeto de Lei 215/2015**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=946034>. Último acesso em 20 de março de 2019.
- BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Vade Mecum Civil e Empresarial. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2019.
- CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 11ª ed. Traduzido por Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2008.
- FISS, Owen M. **A liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Tradução e prefácio de Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- JORNAL EXTRA. **Copa 2014: enfermeira é demitida após filmar e comemorar a chegada de Neymar a hospital em Fortaleza**. Disponível em: <http://extra.globo.com/esporte/copa-2014/copa-2014-enfermeira-demitida-apos-filmar-comemorar-chegada-de-neymar-hospital-em-fortaleza-13154159.html>. Último acesso em 22 de novembro de 2018.
- MORAES, Alexandre De. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2018.
- NETHER, Nicholas Augustus de Barcellos. **Proteção de Dados dos Usuários de Aplicativos**. Rio de Janeiro: Juruá, 2018.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaProc.do?v=2&numProces>

so=2005.001.117530-6. Último acesso em 22 de novembro de 2018.

PUCCINELLI JUNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SITE G1. **Fran faz campanha por lei que torne crime a divulgação de vídeos íntimos**.

Disponível em: [http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/fran-faz-campanha-por-lei-que-
torne-crime-divulgacao-de-videos-intimos.html](http://g1.globo.com/goias/noticia/2014/10/fran-faz-campanha-por-lei-que-torne-crime-divulgacao-de-videos-intimos.html). Último acesso em 29 de novembro de 2018.

SITE G1. Tecnologia e Games. **Lei “Carolina Dieckmann”, que pune invasão de PCs,**

entra em vigor. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-
dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html](http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2013/04/lei-carolina-dieckmann-que-pune-invasao-de-pcs-passa-valer-amanha.html). Último acesso em 29 de

novembro de 2018.

SITE IG. TOZZETTO, Cláudia. **Como cancelar o perfil de falecidos no Facebook e Twitter**.

Disponível em: [http://tecnologia.ig.com.br/especial/como-cancelar-o-perfil-de-falecidos-no-
facebook-e-twitter/n1597697066336.html](http://tecnologia.ig.com.br/especial/como-cancelar-o-perfil-de-falecidos-no-facebook-e-twitter/n1597697066336.html). Último acesso em 29 de janeiro de 2018.

SITE VEJA.COM. **CCJ aprova “direito ao esquecimento” na internet**. Disponível em: [http://
veja.abril.com.br/noticia/brasil/ccj-aprova-lei-do-esquecimento-na-internet/](http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/ccj-aprova-lei-do-esquecimento-na-internet/). Último acesso em

30 de fevereiro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Recurso Especial Número 1.492.947-SP.

Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/youtube-cicarelli.pdf>. Último Acesso em 22 de

novembro de 2018.

Um olhar sobre a formação do Direito Civil no Brasil

Edna Raquel Hogemann¹

Resumo

A história da construção do Direito Civil no Brasil reflete em muito o tipo de colonização recebida desde que o navegador português proferiu a frase que ficou na história como um marco para todo o sempre: “Terra à vista”. O objeto do presente ensaio é explicitar, ainda que superficialmente, os caminhos percorridos pela normativa civilista no Brasil, desde o descobrimento, passando pelo período imperial, até os dias atuais, demarcando esse processo institucionalizado sob a responsabilidade do Estado, partindo da análise das Ordenações, ao tardio advento do primeiro Código Civil como reprodução da sociedade latifundiária brasileira da época, de feição patrimonialista, até a conquista do Estado Democrático de Direito, com o advento do novo Código Civil, em 2002, que se aparta parcialmente da tradição patrimonialista do direito civil e já revela as tendências de repersonalização. Assim, fazendo uso do método histórico-dialético, busca-se demarcar até que ponto essas iniciativas fizeram parte de um processo efetivamente democrático e em que medida serviram meramente como um instrumento de controle e reprodução social, imposto pelo Direito vigente.

Palavras-chave: Formação; Direito Civil; influências; Brasil; história.

Abstract

The history of the construction of Civil Law in Brazil reflects in much the type of colonization received since the Portuguese navigator uttered the phrase that remained in history, as a milestone for all time: “Earth in sight”. The objective of this essay is to make explicit, albeit superficially, the paths covered by civilian norms in Brazil, from the discovery, passing through the imperial period to the present day, demarcating this institutionalized process under the responsibility of the State, starting from the analysis of Ordinances, to the late advent of the first Civil Code as a reproduction of the Brazilian latifundia of the time, of a patrimonialist nature, until the conquest of the Democratic State of Law, with the advent of the new Civil Code in 2002, which departs partially from patrimonial tradition of civil law and already reveals the tendencies of repersonalization. Thus, making use of the dialectical-historical method, it is sought to demarcate the extent to which these initiatives were part of an effectively democratic process and to what extent served merely as an instrument of social control and reproduction, imposed by the current Law.

Keywords: Formation; Civil Law; influences; Brazil; history.

¹ A autora possui doutorado em Direito pela UGF-Rio (2006) e pós-Doutorado em Direito pela UNESA- Rio (2015). É professora titular de História do Direito, na Universidade Estácio de Sá, professora adjunta de História do Direito e coordenadora do curso de Direito na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro. Membro da Law & Society Association-EUA. E-mail: ershogemann@gmail.com

1 Antecedentes históricos

O modelo de administração e aplicação da justiça para as colônias portuguesas da Ásia, África e América iniciado nos primórdios do século XV era o mesmo, dentro do espírito do Antigo Sistema Colonial². Diferente das colônias espanholas que possuíam, cada uma, sistema judiciário próprio, Portugal inseriu suas colônias ultramarinas em seu sistema judiciário, estendendo a elas o ordenamento jurídico vigente na Metrópole. Assim, o Brasil se transformou em uma extensão do território português em termos jurisdicionais e, portanto, a estrutura jurídica portuguesa foi, em tese, implantada na então colônia, isto é, foi estabelecida uma relação jurídica luso-brasileira.

A ordem jurídica portuguesa era baseada nas denominadas Ordenações do Reino, antigas compilações das leis portuguesas reunidas em códigos e que em Portugal vigoraram até 1868.

Descoberto o Brasil e com o início de sua colonização, sendo o seu vasto território habitado por um povo de cultura bastante atrasada, as leis aqui aplicadas eram as metropolitanas, e, assim, tivemos as Ordenações do Reino, as leis de caráter geral para o Império e as leis especiais, ou seja, as que eram promulgadas especialmente para o Brasil.³

2. As Ordenações - uma legislação portuguesa, com certeza!

As Ordenações do Reino portuguesas foram as primeiras leis aplicadas no Brasil, principalmente em relação ao direito privado, sendo certo que além delas tem-se a legislação eclesiástica (canônica) e as leis extravagantes, estas que instituem e disciplinam instituto novo à margem das Ordenações. O direito público, principalmente na parte administrativa, sofria constantes modificações com as cartas de doação, regimentos, decretos, cartas régias, provisões, alvarás que formulavam normas especiais para o Brasil.

As primeiras Ordenações, apesar de ordenadas por D. João I, só foram concluídas em 1446, no reinado de D. Afonso V, recebendo assim a denominação de Ordenações Afonsinas. Em 1514, ordenou-se a publicação

² O Antigo sistema colonial aplicado por Portugal estava fundado nas chamadas colônias de exploração. As colônias produziam produtos que não competiam com a produção da metrópole e que possuíam o monopólio da comercialização, bem como também cabia à metrópole o monopólio da extração de todos os metais preciosos e riquezas que fossem encontrados na colônia.

³ BANDECCHI, B.. Elementos de história do direito brasileiro. São Paulo: Pannartz, 1984.

de nova coleção das leis do reino (que tiveram edição definitiva em 1521) com as alterações introduzidas pelo tempo⁴. Por terem sido impressas (a esse tempo, Gutemberg já inventara os tipos móveis da imprensa) por ordem de D. Manuel, receberam o nome de Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Filipinas surgem em 1603, no período em que Portugal está sob o governo da coroa espanhola, mas tiveram vida posterior à restauração em Portugal e no Brasil, mesmo após a Independência.

A elaboração das Ordenações Filipinas faz parte de um conjunto de reformas introduzidas nas estruturas judiciais e administrativas portuguesas entre 1581 e 1590 requeridas no início da União Ibérica pelo soberano Filipe I, político hábil, que desejou com isso demonstrar a deferência que tinha pelas leis tradicionais de Portugal, fazendo a reforma das ordenações dentro de um espírito tradicional. As Ordenações foram concluídas, ainda no reinado de Filipe I, que as sancionou em 1595, mas só entraram em vigor em 1603, no reinado de seu sucessor, Filipe II.

De todo modo, as Ordenações Filipinas estão inseridas no contexto de histórico de uma cultura jurídica que foi abalada com o advento do pensamento humanista no direito romano-germânico. No entanto, e por diverso, elas não são inovadoras. As Ordenações Filipinas, segundo Schwartz, constituíram-se como uma revisão (que constou de acréscimos, cancelamentos e retificações quando necessários) das Ordenações Manuelinas (1521) e da Coleção de Leis Extravagantes de Duarte Nunes de Leão (1569).

No aspecto do Direito Civil, as Ordenações Filipinas, com muitas modificações, vigoraram até o Código Civil de 1917, embora já tivéssemos as constituições de 1824 e 1891. O artigo 83 da Constituição Brasileira da República de 1891 dispunha que “continuam em vigor enquanto não revogadas as leis do antigo regime, no que explicita ou implicitamente não for contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados”.

As Filipinas foram editadas seguindo o modelo das Manuelinas cuja estrutura se baseava nos Decretais de Gregório IX, dividindo-se em cinco livros, que possuíam títulos e parágrafos, a saber:

⁴ Dentre essas alterações, podem ser citadas: a supressão dos preceitos aplicáveis a Judeus, já que os mesmos foram expulsos do reino em 1496, e das normas relativas à Fazenda, que passaram a compor as Ordenações da Fazenda, além da inclusão da disciplina vinculativa da lei através dos assentos da Casa de Suplicação. As diversas funções do Estado português (como, por exemplo, segurança, ordem, gestão dos interesses financeiros, prestação de justiça), assim como suas futuras colônias (entendidas como extensões jurídico-institucionais da Metrópole), encontraram-se submetidas a uma mesma lógica administrativa – na realidade, o “espaços” administrativos coloniais passaram por adaptações que tornaram possível o projeto colonial português.

I – Direito Administrativo e Organização Judiciária; II – Direito dos eclesiásticos (canônico), do Rei, dos Fidalgos e dos estrangeiros; III – Processo Civil; IV – Direito Civil e Comercial; V – Direito Penal e Processo Penal.

Aqui cumpre apontar o que Gislene Neder e Gisálio Cerqueira Filho revelam com particular propriedade:

Sublinhe-se, ainda, que as Ordenações do Reino de Portugal – sucessivamente, as Ordenações Afonsinas (1446-47), as Ordenações Manuelinas (1512-1514) e, por fim, as Filipinas (1603) – constituem um mesmo *corpus juris*. Portanto, as Ordenações Filipinas, de início do século XVII, que têm no código do século XV sua formulação básica (Silva, 1985), vigoraram no Brasil por muito mais tempo que em Portugal⁵

Até 1822, como já demarcado no presente ensaio, a história jurídica do Brasil era a história jurídica de Portugal, pois ambos estavam numa relação entre colônia e metrópole, vigorando as Ordenações do Reino em matéria civil. Mas após a independência do Brasil, esses países passaram a trilhar caminhos normativos distintos e é exatamente a partir daí que tem início a preocupação brasileira em formular um Código Civil próprio.

Neder e Cerqueira Filho observam que a busca por reformas que seguiu a entrada à modernidade, seja em Portugal ou na ex-colônia, conviveu com a interlocução entre as principais correntes de pensamento jusfilosófico europeu. “A introdução do paradigma legalista, que toma o primado da lei como eixo da articulação do campo político e ideológico, anunciava, na virada do século XVIII para o XIX, a necessidade de adotar códigos criminal e civil modernos”⁶, para além da simples admissão de princípios constitucionalistas limitadores dos poderes dos monarcas absolutistas, em verdade refletia um processo de secularização do direito que se encontrava já em curso. Inicialmente, a Lei de 20 de outubro de 1823 aferia legalidade às Ordenações Filipinas até que fossem elaborados os próprios códigos brasileiros. Vindo posteriormente a Constituição de 25 de março de 1824 a estabelecer, em seu art. 179, inciso XVIII, que fosse produzido um Código Civil, fundamentado na justiça e equidade.

Em 1830 e 1850, respectivamente, foram promulgados os Códigos Criminal e Comercial. No entanto, para a legislação civil, o Imperador adotou outro critério, caracterizado por duas fases distintas: primeiro, seria realizado

⁵ NEDER, Gislene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Os filhos da lei*, in Rev. bras. Ci. Soc., vol.16, nº.45, São Paulo Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan 2017.

⁶ Idem, p. 02.

o levantamento e a consolidação do conjunto da legislação civil em vigor (“formar um novo corpo, mas de direito já vigente”); a seguir, com o auxílio do que já fora feito, seria elaborado o texto do novo Código Civil (“formar um corpo novo de direito novo”).

3. O legado de Augusto Teixeira de Freitas

No processo da colonização brasileira, tem-se que levar em conta a conjugação de uma série de fatores fundamentais, tais como os aspectos econômicos e políticos, abundância de terras férteis e a aplicação de uma estrutura de características agrária, latifundiária, monocultural de exportação, escravocrata na técnica de exploração econômica, híbrida de índios, negros e brancos. O modelo de família herdado dos portugueses era patriarcal e, no direito, a supremacia da ordem privada no sistema de organização social, de base rural.

Os valores dominantes em uma cultura são, também, os determinantes das normas de seu ordenamento jurídico. Esse raciocínio, pautado na teoria tridimensional do direito como uma relação de fato-valor-norma⁷, revela a importância dos valores na confecção das normas, sendo estas influenciadas por fatores de ordem política, econômica, psicológica, histórica e cultural, de modo que, falar de direito civil brasileiro é falar em cultura brasileira. E a avaliação da extensão da obra de Freitas é compreender essa cultura, na qual o direito tem particular importância.

Proclamada a Independência brasileira, foi promulgada a Lei de 20 de outubro de 1823, que estabeleceu a permanência em vigor no Império do Brasil das Ordenações Filipinas, das Leis e Decretos de Portugal que tivessem sido promulgados até 25 de abril de 1821, enquanto não fosse publicado um novo Código.

A Constituição de 1824 expressou em seu artigo 179: “a necessidade de se organizar, o quanto antes, um Código Civil e um Criminal, este fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade”. Em 1830 e 1850 foram promulgados os Códigos Criminal e Comercial, respectivamente.

Entretanto, no que diz respeito à legislação civil, foi adotado critério diverso, o de aperfeiçoá-la em duas fases distintas: primeiro, seriam feitos o levantamento e a consolidação de toda a legislação vigente até ali (“formar um novo corpo, mas de direito já vigente”); a seguir, com o auxílio do que fora feito, seria elaborado o texto do novo Código Civil (“formar um corpo novo de direito novo”). Assim, está-se diante de uma

⁷ Com base na Teoria Tridimensional do Direito, de Miguel Reale.

situação histórica em que convivem simultaneamente tanto a ruptura (emancipação política, elaboração de novo código criminal, mudança de regime político de monarquia para república etc.) quanto a continuidade (permanência das Ordenações para o direito civil, além de sua vigência em Portugal).

Eis que apesar de estar em voga por toda Europa o pensamento iluminista sua influência não foi forte o suficiente para afetar de forma significativa os arranjos sociais e políticos sustentadores para as práticas jurídicas seja em Portugal ou em Terras Brasilis.

A visão de mundo tomista, espriada na Península pela prática política e ideológica da Igreja Romana, sustentava uma concepção de sociedade rigidamente hierarquizada, produzindo efeitos de permanência cultural de longa duração, com fortes desdobramentos para os afetos e as emoções presentes nas formações históricas portuguesa e brasileira (Cerqueira Filho e Neder, 1997), que resistem, ainda hoje, ao corolário das tantas mudanças promovidas pelas concepções iluministas e liberais sobre os direitos.⁸

Em fevereiro de 1855, o Governo Imperial celebra um contrato com prazo estipulado de cinco anos com o Bacharel Augusto Teixeira de Freitas para “coligir e classificar toda a legislação pátria, inclusive a de Portugal, anterior à Independência do Império, compreendendo-se na coleção e classificação as leis ab-rogadas ou obsoletas, com exceção das portuguesas”; a classificação guardará as divisões de Direito Público ou Administrativo e Privado, assim como as subdivisões respectivas, - será feita por ordem cronológica; depois, “consolidará toda a legislação civil pátria, com as mesmas condições da classificação”. “Consiste a consolidação em mostrar o último estado da legislação”.⁹

A Consolidação foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). Teixeira de Freitas inicia seu trabalho situando os limites do Direito Civil, que toma na sua significação mais rigorosa, excluindo as disposições processuais, de organização judiciária e o Direito Comercial, cuja autonomia não admitia (p. XXXIX). Observou, com a nitidez que a doutrina da época não percebera, que a distinção entre o Direito Civil e o Direito Penal está na natureza da sanção (p. LXII).

O autor revela por que não fez referência à situação dos escravos:

⁸ Ibidem, p.05.

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. In: FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das leis civis. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. XIII-XXIV

“Cumpre advertir que não há um só lugar de nosso texto onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção, que lamentamos; condenado a extinguir-se em época mais ou menos remota; façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma de nossas leis civis; não as maculemos com disposições vergonhosas” (p. XXXVII).

Freitas classifica os direitos a partir da ideia central de Leibnitz¹⁰, considerando que “Não são as pessoas e as coisas que se devem distinguir, mas suas obrigações e seus direitos” (p. XLIX), e por isso conclui que “na distinção dos direitos reais e dos direitos pessoais repousa todo o sistema do Direito Civil” (p. LXII). E logo adiante revela: “Observai atentamente as variadas manifestações desses direitos, estudaí a natureza do homem e as suas necessidades; e não achareis outros caracteres mais importantes, d’onde possa resultar uma divisão ampla, dominante de todas as partes, senão os que distinguem os direitos absolutos e os direitos relativos” (LXIII). E completa (p. LXVI): “Os chamados direitos absolutos – liberdade, segurança e propriedade – entram na compreensão da legislação criminal, que os protege e assegura com a penalidade. Desses direitos, o de propriedade unicamente entra na legislação civil. É no direito de propriedade que havemos de achar os direitos reais”.

Essa limitação de matéria civil hoje certamente não teria razão de ser, pois os direitos da personalidade integram também o Direito Privado, mas o autor expressava a concepção que correspondia ao desenvolvimento da ciência e a cultura naquela época histórica, reservando-os preferentemente para o âmbito das leis administrativas. Mesmo assim, na sua genialidade, não deixou de registrar: quando resultar dano à segurança e à liberdade, “cuja reparação é necessária, a legislação civil tem providenciado para a satisfação desse dano. Resulta, pois, que os direitos de personalidade entram na legislação civil, tanto quanto se faz preciso que entrem, segundo os princípios”¹¹. Os princípios, hoje, estão mais alargados, mas a regra é a mesma.

Depois de haver realizado com pleno êxito a tarefa de promover a Consolidação das Leis Civis do Império, em 1859, Augusto Teixeira de Freitas¹², o genial jurista, é contratado pelo governo imperial para elaborar o primeiro anteprojeto, contrato esse rescindido em 1872. Sendo certo que seu Esboço foi a base para diversos outros Códigos como o da Argentina, da Itália e até do Japão.

¹⁰ Gottfried Wilhelm von Leibnitz, filósofo, matemático e jurista alemão.

¹¹ AGUIAR JÚNIOR. Op. Cit. P. XXV.

¹² Augusto Teixeira de Freitas é, no campo do Direito, personagem ímpar. A sua atuação, como jurista, fez-se sentir em vários países americanos e, até mesmo, em países europeus. O gênio jurídico de Freitas é reconhecido por todos. Na América do Sul, Freitas é considerado mestre insuperável.

O Esboço de Freitas foi dividido em duas partes (geral e especial); na parte geral foram normatizados os elementos das relações jurídicas, a saber: o sujeito, o objeto e o fato jurídico, e, na parte especial (subdividida pelo autor em três livros), encontra-se a disciplina sobre os direitos pessoais e os direitos reais. Não poderiam ser esquecidas, ainda, a influência do privatismo doméstico e as condições sociais, ou melhor, a estrutura social brasileira, ao tempo da elaboração do Código.

Teixeira de Freitas almejava em seu projeto de Código Civil a incorporação do direito comercial no direito civil. No Ministério da Justiça, porém, estava José de Alencar, que não aceitava o Esboço e, menos ainda, a nova proposta: “Em minha humilde opinião, não só o engenhoso e vasto plano ultimamente delineado pelo bacharel Augusto Teixeira de Freitas, mas também o esboço anterior, são, como elementos legislativos, frutos muito prematuros, embora como trabalhos científicos revelem as altas faculdades do autor, e sua opulenta literatura jurídica”¹³. O Ministério deixou o assunto de lado até que, em 1872, expediu-se ofício pelo qual era considerado rescindido o contrato com Teixeira de Freitas¹⁴.

O atraso na modificação do código civil no Brasil deve-se às dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular as restrições que a visão moderna de direitos da pessoa (evada de individualismo) impôs ao pátrio poder, que no Brasil se manteve fundado numa concepção ainda medieval sobre autoridade na família.¹⁵

¹³ Hauagge, Vinicius Elias. Influências de Teixeira de Freitas na Codificação Civil brasileira. Revista Bonijuris, n° 519, 02/2007.

¹⁴ O texto de Teixeira de Freitas demonstra influência de Savigny e de seu livro *Traité du Droit Romain*. Para ele, o direito romano resume o direito no ocidente cristão e Von Savigny foi provavelmente o pensador mais românico e ocidental do direito. (...) Em função disso não há diferença, na visão de Teixeira de Freitas, entre nacionais e estrangeiros como no direito romano (para a concessão do divórcio), a despeito dessa opinião ser contrária às deliberações do Congresso de Viena. Estabelecer diferenças entre nacionais e estrangeiros seria abrir a porta para o divórcio e a concepção laica e burguesa do casamento, onde portanto da visão da Igreja Católica Romana. Por causa dessa posição e não somente por causa das mudanças introduzidas no texto de Teixeira de Freitas pelo jurista português Luis Antonio Seabra é que Freitas acabou por abandonar a redação do código civil brasileiro, escrevendo o libelo “Pedro quer ser Augusto”, contra o imperador (**CERQUEIRA FILHO**, Gisálio. *Código Civil e Cotidiano no Brasil*. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003).

¹⁵ NEDER Gislene e CERQUEIRA FILHO Gisálio. *Os filhos da lei*, in Rev. bras. Ci. Soc. vol.16 n° 45, São Paulo, Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan. 2017. P. 08.

Segue-se a contratação de Nabuco de Araújo, que veio a falecer em 1878, prosseguindo os trabalhos de redação com Felício dos Santos. Com a Proclamação da República, a tarefa de redação do código foi conferida ao senador Coelho Rodrigues, cujo projeto não foi aceito. Por fim, em 1899, durante a presidência de Campos Sales e sendo Ministro da Justiça Epitáfio Pessoa, foi contratado Clóvis Beviláqua, redator do texto que viria a se transformar no Código Civil Brasileiro. O projeto, depois de concluído, foi enviado, com uma exposição de motivos, para o Presidente da República. Este remeteu o projeto ao Congresso Nacional, em 1900, recebido primeiramente pela Câmara dos Deputados que, com ínfimas alterações, o aprovou. E assim, o projeto continuou tramitando, agora no Senado, onde foi aprovado em sua totalidade. Por fim, o projeto voltou ao Presidente da República, o Sr. Wenceslau Braz, que o sancionou. Tal projeto foi promulgado em 1º de Janeiro de 1916 e entrou em vigor exatamente um ano após.

4. O Código Civil de 1916: reflexo de um liberalismo tupiniquim.

O Código Civil de 1916 reproduzia as concepções predominantes ao final do século XIX e início do século XX. Hoje, ante o novo diploma civil, a maior parte desses entendimentos encontra-se ultrapassada, uma vez que estavam baseados no individualismo então reinante, especialmente no que respeita ao direito de propriedade, à família e à liberdade de contratar.

O que poderia refletir o Código Civil de 1916 senão a sociedade de uma época, cuja cultura era predominantemente agrária e de espírito individualista? Pode-se dizer que o Código Civil de 1916 é produto de uma simbiose, cuja autoria é atribuída à classe média, que tentou fixar um modelo “liberal e progressista”, mas que encontrou como obstáculo o conservadorismo dos fazendeiros¹⁶, resultando no que se pode convencionar um “liberalismo conservador” ou tupiniquim.

Discussões e debates sobre aquele novo código civil (em que o instituto do casamento passava a ser fruto de uma relação contratual, a exemplo do código napoleônico, de 1804) constituíam questões-chave na pauta das discussões de uma sociedade brasileira em que os setores mais progressistas estavam ávidos por mudanças sociais, desejosos de modernização, a formação de um Estado republicano que espelhasse a diversidade de sentidos da identidade nacional

¹⁶ DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em: http://www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm. Acesso em 01 fev. 2007.

num período de intensa transformação econômico-social e turbulência cultural, na medida em que imensos setores, representados pelo latifúndio e a elite rural, resistiam ao clamor pelas mudanças.

Esse embate explica o atraso na entrada em vigor do código civil no Brasil. As dificuldades encontradas pelos reformadores do campo jurídico em articular o ponto de vista dos direitos civis da pessoa, no sentido do individualismo moderno (em que o pensamento político de John Locke e a influência do código francês napoleônico de 1804 são considerados como símbolos) com a questão do pátrio poder. No Brasil, o pátrio poder seguia vigorando nos moldes de uma concepção pré-moderna, fundada numa visão conservadora e clerical, que contemplava a idealização da figura paterna no interior da família¹⁷. Assim, tanto o afeto quanto o amor não eram elementos preponderantes para a caracterização de uma família; esta era vista como unidade jurídica econômica e religiosa, fundada na autoridade de um chefe. Além do que, o indivíduo era tutelado como proprietário e, ademais, era extremamente facilitada a transferência e o acúmulo de riquezas, prevalecendo nas relações contratuais a máxima do *pacta sunt servanda*, sem exceções.

Já em 1928, o célebre civilista Pontes de Miranda¹⁸ observara que o Código Civil condensava “um direito mais preocupante com o círculo social da família do que com círculos sociais da nação; quando cogita de classes é com certo capitalismo disfarçado, porém ingenuamente convencido de consolidação e de justiça social”.

Corroborando esta afirmação, relaciona Miranda diversos artigos do Código, reveladores da “preponderância da família, ainda despoticamente patriarcal”.

Assim, também Orlando Gomes¹⁹ aduz que o código “sem embargo de ter aproveitado frutos da experiência jurídica de outros povos, não se liberta daquela preocupação com o círculo social da família, que o distingue, incorporando à disciplina das instituições básicas, como a propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho), a filosofia e os sentimentos da classe senhorial”.

Em breve síntese, dir-se-ia que o Código, em várias disposições, expressava mais ideias que a própria realidade, refletindo a estrutura social do país, no momento em que o Código Civil se estruturou. Isso é patente nas palavras de Orlando Gomes:

¹⁷ CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Código Civil e Cotidiano no Brasil*. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro, 2003, p.5.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

¹⁹ GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. In Revista AJURIS, v. 9.

Nos primeiros trinta anos da República - 1889 a 1919 -, a contradição resultante do desenvolvimento desigual do capitalismo no país - que a 'grosso modo', pode ser expressa no contraste entre o litoral e o interior, não provocou crises profundas, porque o setor mais ponderável da camada social superior - o dos fazendeiros - utilizou, em proveito próprio, a classe média urbana, que, por sua vez, adstrita ao serviço burocrático e militar, por falta de desenvolvimento individual, a ele se submeteu docilmente, para alargar as suas possibilidades.²⁰

Nesse quadro, os juristas e legisladores, muito embora buscassem estampar um cunho liberal e progressista aos diplomas legais e à aplicação do direito, não raro encontravam limites e barreiras decorrentes do próprio contexto da estrutura social e, mais particularmente, dos que tinham o seu domínio ou predomínio econômico, político e ideológico.

A despeito dessas limitações e (ou) contradições, não se pode negar que foi o Código Civil Brasileiro, ao seu tempo, a mais independente das codificações americanas, apesar das influências externas recebidas.

Assim, e além das fontes nacionais, como a do Esboço de Teixeira de Freitas, por exemplo, valeu-se também das "ideias francesas" (código de Napoleão), no código civil português (1867) e, mais expressivamente, no BGB (abreviatura de Bürgerliches Gesetzbuch - o código civil alemão), do qual aproveitou a classificação das matérias e, em juristas alemães, com os quais era familiarizado Clóvis Beviláqua.

O Código era conservador tanto nas "relações de ordem patrimonial, contratual e familiar, fiel ao contexto histórico e à história dos valores dominantes". Some-se o fato de o Código Civil, apesar de ter feito uso dessa "experiência de outros povos", deixou-se amarrar pela "filosofia e os sentimentos da classe senhoril", que influenciou a "propriedade, a família, a herança e a produção (contrato de trabalho)"²¹, sendo certo que a família, a propriedade e o contrato são os pilares que animam esse sistema jurídico. No dizer de Fachin, são três as vigas mestras do Código Beviláqua:

...os três pilares fundamentais, cujos vértices se assenta a estrutura do sistema privado clássico, encontram-se na alça dessa mira: o contrato, como expressão mais acabada da suposta autonomia da vontade; a família, como organização social essencial à base do sistema, e os modos de apropriação, nomeadamente a posse e a propriedade, como títulos explicativos da relação entre as pessoas sobre as coisas²².

²⁰ Idem.

²¹ DALL'ALBA, Felipe Camilo. *Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato*. Disponível em: www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm, Acesso em 23 jun. 2007.

²² FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. pp. 12-13.

Para o Código de Beviláqua ser sujeito de direito, significava ser detentor de patrimônio, ou seja, precisa ter posses suficientes para adquiri-lo, sendo igualmente sujeito possível numa relação contratual, de mesmo modo sujeito detentor de família, razão pela qual recebeu o Código a denominação de o 'Estatuto Privado do Patrimônio', justamente por se colocar como a constituição do homem privado titular de um patrimônio, ideia reproduzida, ainda que parcialmente, no atual Código Civil em vigor²³.

5. Um novo milênio, um Novo Código Civil

O novo Código Civil tramitou durante décadas no Congresso Nacional. Em 1975, o então Presidente Costa e Silva levou à análise da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 634-D, com base em trabalho elaborado por uma Comissão de sete membros, da qual Miguel Reale era Coordenador Geral.

Reale estabeleceu a estrutura básica do Projeto, com uma Parte Geral e cinco Partes Especiais, convidando, para cada uma delas, o jurista que me pareceu mais adequado, tendo todos em comum as mesmas ideias gerais sobre as diretrizes a serem seguidas. Somente em 11 de janeiro de 2003, entrou em vigor o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002, publicada no DOU de 11.01.2002). Esse novo Código representa, por assim dizer, a consolidação das mudanças sociais e legislativas surgidas nas últimas nove décadas, incorporando outros novos avanços na técnica jurídica.

Segundo palavras de Reale, elaborador do novo Código, foram essas as suas diretrizes principais:

- a) Preservação do Código vigente sempre que possível, não só pelos seus méritos intrínsecos, mas também pelo acervo de doutrina e de jurisprudência que em razão dele se constituiu.
- b) Impossibilidade de nos atermos à mera revisão do Código Beviláqua, dada a sua falta de correlação com a sociedade contemporânea e as mais significativas conquistas da Ciência do Direito.
- c) Alteração geral do Código atual no que se refere a certos valores considerados essenciais, tais como o de eticidade, de socialidade e de operabilidade.
- d) Aproveitamento dos trabalhos de reforma da Lei Civil, nas duas meritórias tentativas feitas, anteriormente, por ilustres juriconsultos, primeiro por Hahneman Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho

²³ Idem. p. 298.

de Azevedo, com o anteprojeto do “Código das Obrigações”; e, depois, por Orlando Gomes e Caio Mario da Silva Pereira, com a proposta de elaboração separada de um Código Civil e de um Código das Obrigações, contando com a colaboração, neste caso, de Silvio Marcondes, Theóphilo de Azevedo Santos e Nehemias Gueiros.

e) Firmar a orientação de somente inserir no Código matéria já consolidada ou com relevante grau de experiência crítica, transferindo-se para a legislação especial aditiva o regramento de questões ainda em processo de estudo, ou, que, por sua natureza complexa, envolvem problemas e soluções que extrapolam do Código Civil.

f) Dar nova estrutura ao Código, mantendo-se a Parte Geral – conquista preciosa do Direito brasileiro, desde Teixeira de Freitas – mas com nova ordenação da matéria, a exemplo das mais recentes codificações.

g) Não realizar, propriamente, a unificação do Direito Privado, mas sim do Direito das Obrigações – de resto já uma realidade operacional no País – em virtude do obsoletismo do Código Comercial de 1850 – com a conseqüente inclusão de mais um Livro na Parte Especial, que, de início, se denominou “Atividades Negociais”, e, posteriormente, “Direito de Empresa.”²⁴

São os três princípios fundamentais que animam a criação do novo Código Civil: a) Eticidade – o novo Código expressa uma preocupação em superar o apego do antigo Código ao rigor formal, característico do formalismo jurídico dos séculos 19 e 20, do Direito tradicional lusitano e da Escola germânica dos pandectistas, influenciada pelo tecnicismo institucional decorrente do Direito Romano.

O novo Diploma busca aliar aos valores técnicos a participação necessária dos valores éticos. Por isso percebe-se, muitas vezes, a opção por normas genéricas ou cláusulas gerais, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual.

b) Socialidade – Está presente no Código de 2002 a socialidade em detrimento do caráter individualista do antigo Diploma civilista, feito para um país que era à época eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo.

Hoje em dia, ao contrário, mais de 80% da população está no setor urbano e a mentalidade reinante é outra, produto de uma sociedade globalizada e influenciada pelos meios de comunicação de massas. Daí o predomínio do social sobre o individual.

²⁴ REALE, Miguel. Visão geral do novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>, Acesso em 23 jun. 2007.

c) Operabilidade – Distintas soluções normativas foram encontradas visando permitir um entendimento maior e mais simples, tanto para a interpretação quanto para a aplicação pelo intérprete do Direito. As distinções precisas entre prescrição e decadência, e quando podem ser aplicadas, é um exemplo patente disso; foi estabelecida a distinção clara entre associação e sociedade, sendo a primeira indicada para nomear as entidades de fins não econômicos e a última para indicar as de propósitos econômicos.

O Código Civil de 2002 assimilou parte do conjunto jurisprudencial em matéria civil, que evoluiu durante décadas, conferindo nova envergadura ao Direito Civil. Tem como referencial norteador o elemento constitucional da dignidade da pessoa humana, seja porque possui uma perspectiva social, seja porque promove o interesse coletivo.

Entre as modificações, é de se destacar a preocupação com os Direitos da Personalidade (valores inerentes à pessoa), principalmente no que diz respeito à intimidade e à imagem, sublinhando os princípios constitucionais de 88 (arts. 14 e 21 no Código Civil de 2002). Destaca, ainda, a igualdade entre homem e mulher, estabelecendo a divisão da sociedade conjugal igualmente entre os cônjuges; estabelecendo o fim do “pátrio poder”, substituído pelo “poder familiar”; o fim da hierarquia entre os filhos; o casamento gratuito, para quem se declarar sem recursos e a garantia a todos ao direito de ter pai conhecido. Aqui há de se apontar uma mudança radical promovida no texto original do Código Civil de 2002, decorrência da promulgação da Lei nº 13.146/2015, denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, que alterou expressamente a redação do artigo 3º e, por via de consequência, afetou o artigo 4º.²⁵

A previsão da redução da maioria civil de 21 para 18 anos levou a discussões sobre o estabelecimento do término da pensão alimentar. Outro ponto é a confirmação da inexistência de prazo mínimo para estabelecer a união estável, configurada como convivência pública entre homem e mulher, que tem levantado muita polêmica por conta dos

²⁵ Abaixo a nova redação dos artigos do Código:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I. os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II. os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III. aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV. os pródigos.

ºParágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

efeitos financeiros que uma separação pode gerar, já que não se exige coabitação, nem contribuição no patrimônio comum, como no código anterior.

No Direito de Família, o art. 1.790, incisos I a IV, coloca os companheiros em união estável em desvantagem aos cônjuges no casamento, no caso de sucessão.

Além das mudanças no Direito de Família, enfatiza-se a importância das mudanças em relação à propriedade, que sofre restrições, no caso de imóvel de interesse público, sob perigo de ruína ou sujeito à política de arrendamento. Já o art.1.228, parágrafo IV, prevê que o proprietário pode ser privado de seu imóvel, se este consistir em extensa área, com posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas tiverem realizado obras e serviços de interesse social.

O Código Civil de 2002 também cria novas regras para o condomínio (Lei 4.591/64), fixando limites ao direito de propriedade, em função do cunho social imposto pela Constituição Federal ao estabelecer que o proprietário deve subordinar-se aos interesses do bem comum. A boa convivência social ganhou destaque e o condômino é obrigado a obedecer a convenção e regulamento, sendo que o novo Código estabelece a possibilidade da imposição de multas, podendo punir rigorosamente o infrator reincidente.

Por fim, ressalta-se como positiva no Código Civil de 2002 a preocupação com o equilíbrio nas relações jurídicas, através de dois novos institutos, do Estado de Perigo (art. 156) e Lesão (art. 157). O primeiro trata da conclusão de negócio jurídico decorrente de uma grande necessidade que leva à realização de contrato dispendioso, caso do doente que concorda com honorários médicos excessivos. Na lesão, a pessoa participa de negócio desvantajoso levado por forte necessidade econômica, ficando evidente a desproporção entre prestação e contraprestação.

Conclusão

Por evidente o longo ciclo de debates ocorridos desde a apresentação do anteprojeto do atual Código Civil até a sua promulgação e entrada em vigor, após um *vacatio legis* de um ano constituiu-se num *locus* relevante no qual as cabeças pensantes dos mais distintos rincões do país apresentaram propostas em consonância com mudanças sociais necessárias, algumas de cariz bem radical, outras nem tão radicais assim, mas associadas ao processo de modernização e de globalização que se encontra em curso, à

formação de um Estado que retoma os trilhos da democracia, após viver um longo período de exceção e de transformações econômico-sociais e turbulências culturais.

Houve concretamente a mudança do Estado e da sociedade ao longo dos tempos, antes tipicamente liberal para uma feição democrático-social, mas os códigos continuaram estruturados no Estado Liberal. Segundo Francisco Amaral²⁶, os códigos estão ultrapassados nas mesmas funções qualitativas filosóficas e técnicas, possibilitando uma tendência que se revela cada mais presente em nosso ordenamento, qual seja a da constitucionalização do direito civil a fim de sua adequação aos cânones do Estado Democrático de Direito.

Na tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização deixam claro o desafio aos civilistas para verem as pessoas em toda a sua dimensão; a primazia da pessoa humana nas relações civis é a condição fundamental de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.

Assim, no que concerne à natureza das normas e dos princípios constitucionais relacionados ao direito civil, revelam-se preponderantes os três institutos principais do direito civil: a família, a propriedade e o contrato social, devendo-se considerar a importância atribuída ao conteúdo dos mesmos, pelos fundamentos constitucionais.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Prefácio. *In*: FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Ed. Fac-sim. Brasília: Senado Federal, 2003, v. 1, p. XIII-XXIV
- AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro. *In*: **Revista de Direito Civil-63**, omissis.
- BANDECCHI, B. **Elementos de história do direito brasileiro**. São Paulo: Pannartz, 1984.
- COUTO E SILVA, Clóvis. **O direito civil brasileiro em perspectiva histórica e visão de futuro**. *In*: **Revista Ajuris**, v. 40, 1987.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. Código Civil e Cotidiano no Brasil. Estados Gerais da Psicanálise: Segundo Encontro Mundial, Rio de Janeiro 2003.
- DALL'ALBA, Felipe Camilo. **Os três pilares do Código Civil de 1916: a família, a propriedade e o contrato**. Disponível em: www.tex.pro.br/wwwroot/02de2004/ostrespilares_felipecamilo.htm, Acesso em: 23 jun. 2007.
- FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- GOMES, Orlando. Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro. *In*: **Revista AJURIS**, v. 9.

²⁶ AMARAL, Francisco. Racionalidade e sistema no Direito Civil Brasileiro, in **Revista de Direito Civil-63**, omissis, p. 45-66, p. 52.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *In: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, nº 141 – Jan/Mar 1999.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. **Aspectos sociais e jurídicos relativos à família brasileira – de 1916 a 1988**. Disponível em: <http://www.unibrasil.com.br/publicacoes/critica/17/R.pdf>. Acesso em 02 fev. 2017.

MIRANDA, Pontes de. **Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

NEDER Gislene e CERQUEIRA FILHO Gisálio. Os filhos da lei. *In: Rev. bras. Ci. Soc.* vol.16, nº 45, São Paulo, Feb. 2001. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&cpid=S0102-69092001000100006. Acesso em 31 jan. 2017.

REALE, Miguel. **Visão geral do novo Código Civil**. Disponível em: Jus Navigandi <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2718>. Acesso em: 23 jan. 2017.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial**, SP: Perspectiva, 1979.

A necessária reformulação do procedimento arbitral nos juizados especiais cíveis

Felippe Borring Rocha¹

Resumo

O objetivo do presente estudo, num primeiro momento, é analisar o contexto da inserção do procedimento arbitral na Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei nº 7.244/1984) e, posteriormente, na Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/1995), para identificar suas características básicas, à luz do regramento existente na redação original do Código de Processo Civil de 1973. Em seguida, a pesquisa se volta para traçar as diferenças entre o procedimento arbitral previsto nos artigos 24 a 26 da Lei dos Juizados Especiais e o modelo arbitral introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). Complementando a análise, o texto busca delinear o funcionamento do procedimento arbitral previsto na Lei dos Juizados Especiais, a partir de uma perspectiva teórica e prática. Por fim, o de estudo uma proposta para readequar o papel da arbitragem na estrutura dos Juizados Especiais, à luz do modelo arbitral da Lei de Arbitragem.

Palavras-chave: Direito processual civil; arbitragem; juizados especiais cíveis.

Abstract

Initially, the objective of this paper is to analyze the context of the insertion of the arbitration procedure in the Small Claims Courts Act (Act 7.244/1984) and later on in the Special Pleas Courts Act (Act 9999/1995), to identify its basic characteristics, in the light of the original text of the Civil Procedure Code of 1973. Then the research focus on the differences between the arbitration procedure provided in articles 24 to 26 of the Special Pleas Courts Act and the arbitration model introduced in the Brazilian legal system by the Arbitration Act (Act 9,307/1996). Complementing the analysis, the text seeks to delineate the functioning of the arbitration procedure provided for in the Special Pleas Courts Act, from a theoretical and practical perspective. Finally, the study proposes to re-adjust the role of arbitration in the structure of the Special Pleas Courts, through the lens of the arbitration model of the Arbitration Act.

Keywords: Civil procedure law; arbitration; special pleas courts.

¹ Doutor em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA. Professor de Direito Processual Civil. Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

A Lei nº 9.099/1995 (LJE), ao regular os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, previu dois procedimentos especiais em seu texto. O primeiro procedimento é o mais conhecido e tem natureza “sincrética”, uma vez que possui uma fase cognitiva (arts. 14 a 51 da LJE), voltada para processar e julgar as ações mencionadas no *caput* do art. 3º da LJE, e uma fase executiva, destinada a executar as obrigações impostas por meio de decisões judiciais proferidas no âmbito dos Juizados Especiais (art. 3º, § 1º, I, da LJE). Como a lei não nomeou este procedimento, a maioria dos autores, seguindo o texto constitucional (art. 98, I),² passou a chamá-lo por uma de suas características mais marcantes: “sumaríssimo”. O segundo procedimento, por sua vez, foi desenhado para promover a tramitação das ações executivas fundadas em títulos executivos extrajudiciais, cujo valor não exceda a 40 salários mínimos (art. 3º, § 1º, II, da LJE). Todas as regras referentes a esse rito estão concentradas no art. 53 da LJE.

Analisando a estrutura procedimental, é possível dividir o rito sumaríssimo em duas etapas, uma de conciliação e outra de instrução e julgamento.³ A primeira etapa tem como objetivo principal a busca pela composição dos interesses em conflito. Ela abrange o oferecimento da petição inicial, a designação de data para a realização da audiência de conciliação pela secretaria do Juizado, a imediata intimação do autor da data designada, a citação e a intimação do réu para comparecer na audiência de conciliação e a realização da audiência de conciliação, com a possibilidade de sua convocação em audiência de arbitragem ou de mediação.

Nesse passo, importante esclarecer que a Lei nº 9.099/1995 prevê apenas a realização de uma audiência de conciliação (art. 21) e a possibilidade de as partes submeterem o litígio à arbitragem judicial (arts. 24 a 26). Portanto, a princípio, a etapa de composição do rito sumaríssimo foi concebida para oferecer às partes somente dois tipos de técnicas de solução dos conflitos: a conciliação e a arbitragem. Ocorre que, com a edição da Resolução 125/2010

² Diz a Constituição Federal: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

³ ROCHA, Felippe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 191.

do CNJ, do CPC/2015 (arts. 3º, § 3º, e 165 a 175) e da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), a sistemática procedimental dos Juizados Especiais teve que sofrer uma releitura, passando a abranger em sua etapa de composição, além da conciliação e da arbitragem, também a técnica da mediação.⁴ O resultado é que na audiência de conciliação, se não houver acordo, deverá ser oferecida às partes a possibilidade de utilização da mediação ou da arbitragem para tratar das questões atinentes ao conflito deduzido em juízo.

Não obstante, apesar da previsão contida na Lei nº 9.099/1995 e do crescente movimento para adoção de meios consensuais de solução dos conflitos que se tem observado nos últimos anos, não se tem notícia de qualquer Juizado Especial no Brasil que esteja aplicado à arbitragem. Por isso, o objetivo do presente estudo é buscar identificar as razões pelas quais a arbitragem não tem sido aplicada nos Juizados Especiais, bem como sugerir um caminho a ser adotado, *de lege ferenda*, para tentar equacionar melhor a questão.

2. A arbitragem no procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais

Na redação original do Código de Processo Civil de 1973 existia um capítulo inteiramente dedicado à arbitragem (arts. 1.072 a 1.102). Nesses dispositivos fica assentado que a arbitragem poderia ser judicial ou extrajudicial, também chamada então de arbitragem particular ou privada. A principal diferença entre a arbitragem judicial e a extrajudicial é que aquela tinha lugar quando o conflito de interesses já estava submetido à jurisdição estatal por meio de uma ação. De modo que a arbitragem judicial era tratada como um incidente ao processo judicial. Não por outro motivo, a Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, quando regulou a arbitragem (arts. 25 a 27 da Lei 7.244/1984), seguiu um caminho similar. *In verbis*:

⁴ Nesse sentido, MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure. *Tribunal multiportas e crises de identidade: o judiciário como alternativa a si mesmo?* In: ORSIN, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (org.). *Formas consensuais de solução de conflitos*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 14. Veja-se, também, o Enunciado 397 do FPPC: “A estrutura para autocomposição, nos Juizados Especiais, deverá contar com a conciliação e a mediação”. Em sentido contrário, sustentando a inaplicabilidade de mediação ao Sistema dos Juizados Especiais, SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Do processo eletrônico instituído pelo NCPD e seu impacto nos juizados especiais cíveis. In: REDONDO, Bruno Garcia *et al* (coord.). *Coleção repercussões do novo CPC. v. 7: juizados especiais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 385.

Art. 25. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

Parágrafo único. O Juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes, fazendo o Juiz, caso não esteja o mesmo presente, sua convocação e a imediata designação de data para a audiência de instrução.

Art. 26. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 4º e 5º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 27. Ao término da instrução, ou nos 5 (cinco) dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz para homologação por sentença irrecorrível.

Tanto a arbitragem judicial prevista no CPC/1973 como a arbitragem estabelecida na Lei dos Juizados de Pequenas Causas foram um completo fracasso.⁵ Mesmo assim, em 1989, quando foi elaborado o Projeto de Lei que originou a parte cível da Lei nº 9.099/1995 (PL 3.698/1989 do Deputado Federal Nelson Jobim – PMDB/RS), foi mantido, praticamente sem alterações, o texto referente à arbitragem presente na Lei dos Juizados de Pequenas Causas. Uma vez aprovado o projeto de lei, os dispositivos ficaram assim redigidos na Lei nº 9.099/1995:

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução.

§ 2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

⁵ A bem da verdade, em mais de duas décadas pesquisando sobre os Juizados Especiais somente foi possível localizar uma referência a um processo onde foi aplicada a arbitragem e, mesmo assim, ocorrido durante a vigência da Lei dos Juizados de Pequenas Causa (Lei nº 7.244/1984): “Mandado de segurança. Juízo Especial de Pequenas Causas. Laudo Arbitral. I – O Juizado Especial de Pequenas Causas, no caso, ao homologar laudo arbitral, não praticou ato ilegal ou arbitrário ensejador de segurança, cumprindo, ao contrário, seu dever de ofício. II – Recurso ordinário desprovido” (STJ – 2ª Turma – RMS 262/GO – Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, j. em 02/09/1996).

Como se pode verificar, a principal diferença entre os dois textos é que a Lei nº 9.099/1995 estabeleceu que somente os juízes leigos poderiam ser árbitros (art. 24, § 2º), ao passo que, na Lei nº 7.244/1984, qualquer um poderia ser indicado pelas partes como árbitro. Importante sublinhar, ainda, que na Lei dos Juizados de Pequenas Causas não existia a figura do juiz leigo, figura introduzida de forma inovadora pela Lei nº 9.099/1995 (art. 7º).

Não obstante, quando os Juizados Especiais Cíveis começaram a ser instalados pelos tribunais, foi editada a Lei nº 9.307/1996 (LA), que revogou os arts. 1.072 a 1.102 do CPC/1973 e instituiu um novo modelo de arbitragem. Esse novo modelo, seguindo uma tendência mundial, não contemplava a arbitragem judicial.⁶ Com isso, a arbitragem dos Juizados Especiais não apenas perdeu o seu referencial normativo, mas também manteve uma lógica que não era mais contemplada pelo sistema arbitral brasileiro.

3. A diferenças entre a arbitragem nos Juizados Especiais e a arbitragem na Lei nº 9.307/1996

Comparando a arbitragem prevista na Lei nº 9.307/1996 com a arbitragem presente na Lei nº 9.099/1995, a primeira diferença que chama a atenção é que, nos Juizados Especiais, em razão do princípio da informalidade, considera-se instaurado o juízo arbitral pela mera opção por esta via, independentemente de termo de compromisso (art. 24, § 1º). Na Lei de Arbitragem, ao revés, o art. 9º determina que o juízo arbitral só se instaura com a assinatura do termo de compromisso.

Outro ponto de distanciamento entre os diplomas é que o árbitro, nos Juizados Especiais, será escolhido dentre os juízes leigos (art. 24, § 2º, da LJE). É uma limitação em relação à Lei 9.307/1996, que, em seu art. 13, estabelece que qualquer pessoa capaz poderá assumir a função de árbitro. Outro aspecto a ser sublinhado é que o árbitro, pelo procedimento da Lei 9.099/1995, sempre poderá decidir por equidade (art. 25), ao passo que, na Lei de Arbitragem, o árbitro só poderá decidir por equidade se as partes assim convencionarem expressamente (art. 2º).

Por fim, uma das diferenças mais marcantes é que o laudo arbitral nos Juizados Especiais precisa ser homologado pelo juiz togado para poder ter eficácia executiva (art. 26), enquanto na Lei de Arbitragem o laudo arbitral já nasce com tal eficácia (art. 31 da LA e art. 515, VII, do CPC/2015).

⁶ CÂMARA, Alexandre. *Arbitragem*: lei 9.307/1996. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 2.

4. O procedimento arbitral nos Juizados Especiais

O procedimento arbitral nos Juizados Especiais, como dito, tem início na audiência de conciliação. Na forma do art. 24 da LJE, se as partes não conseguirem chegar a um acordo, poderão optar, em conjunto, pela instauração da arbitragem. Havendo essa manifestação, o conciliador que estiver presidindo a audiência deverá apresentar às partes a relação dos juízes leigos vinculados ao juízo que poderão exercer o papel de árbitro. O ideal seria que essa apresentação fosse feita com a exibição de informações sobre a formação acadêmica e a experiência profissional dos juízes leigos, notadamente na seara arbitral. Seria importante destacar se os juízes leigos já atuaram como árbitros antes ou participaram de cursos específicos voltados para a prática da arbitragem.

Se as partes escolherem um dos juízes leigos como árbitro, o procedimento é formalmente instalado. O árbitro não precisa ser nomeado pelo juiz para exercer a sua função, basta aceitar o encargo. Embora a Lei não o diga, entendemos ser possível que as partes escolham mais de um juiz leigo para ser árbitro, para o caso de haver alguma recusa ou impedimento. Nesse caso, deverão dizer se existe ordem de preferência entre os juízes leigos escolhidos ou qualquer um deles pode exercer a função de árbitro. Podem, também, solicitar que a arbitragem seja conduzida por mais de um árbitro, desde que eles estejam disponíveis no Juizado.

Após a manifestação das partes sobre o árbitro, o conciliador deverá verificar se o juiz leigo escolhido para atuar como árbitro está presente nos Juizados, se aceita a incumbência e se pode realizar imediatamente a audiência de instrução e julgamento arbitral. Se tudo isto for possível, o conciliador deverá reduzir o ocorrido por escrito na ata da audiência conciliatória e colher a assinatura das partes, antes de encaminhá-las para o local onde será realizada a arbitragem. Caso a arbitragem possa ser realizada na mesma sala onde a conciliação foi conduzida, o conciliador deverá aguardar que o juiz leigo nomeado como árbitro compareça no local e assuma a condução dos trabalhos.

Importante destacar que, na audiência arbitral, as partes poderão produzir provas para o árbitro. Por isso, antes do início imediato dessa audiência, as partes deverão ser indagadas sobre a necessidade de produzir provas que não estejam disponíveis naquele momento. De fato, em que pese a presunção legal, dentro da lógica prevista no rito sumaríssimo, ser que as partes devam levar as provas para a audiência de conciliação, pois ela pode ser imediatamente convolada em audiência de instrução e julgamento (art.

27 da LJE), no caso específico do procedimento arbitral, o paradigma deve ser outro. Trata-se, pois, de um procedimento que busca a solução consensual entre as partes, ainda que de caráter heterocompositivo. Em última análise, caso não seja permitida às partes a realização da audiência arbitral em outra data, elas podem simplesmente desistir da arbitragem. Assim, caso as partes tenham interesse em produzir outras provas ou mesmo achem conveniente que a arbitragem não seja feita imediatamente, poderão encaminhar essa proposta ao conciliador, que deverá estar orientado sobre a postura a ser adotada.

Na maioria das vezes, entretanto, raramente o juiz leigo escolhido estará presente e disponível para realizar a arbitragem no momento de sua escolha pelas partes, a não ser que exista algum tipo de escala de plantão no órgão. Não sendo possível a instalação imediata da audiência de instrução e arbitragem, o conciliador deverá marcar, desde logo, data para sua realização e incluí-la na ata da audiência conciliatória, que será assinada pelas partes e servirá de instrumento de intimação. A audiência arbitral somente deverá ser remarcada se o juiz leigo não aceitar a nomeação ou o ato não puder ser realizado na data marcada. Nestas hipóteses, as partes deverão ser intimadas da nova data, pessoalmente ou por intermédio de seus advogados.

Havendo a recusa pelo juiz leigo em exercer a função de árbitro, que deverá ser devidamente fundamentada, as partes serão intimadas, pessoalmente ou por intermédio de seus advogados, para dizerem se desejam nomear outro juiz leigo como árbitro ou se preferem dar prosseguimento do rito. Na primeira situação, não sendo possível aproveitar a data já marcada, deverá ser escolhida nova data, com a anuência prévia do juiz leigo escolhido; no segundo caso, deverá ser marcada data para a realização da audiência de instrução e julgamento, na forma prevista para o rito sumaríssimo (art. 27, parágrafo único, da LJE).

Na hipótese de a causa ter valor superior a 20 salários mínimos, as partes deverão comparecer na audiência arbitral acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos (art. 9º da LJE). Na abertura da audiência, deverá o árbitro tentar conciliar as partes, nos moldes do que prevê o art. 359 do CPC/2015. Não sendo o acordo possível, deverá ser dada a palavra ao réu, para apresentar sua versão dos fatos, oralmente. Se não o fizer, essa oportunidade estará preclusa. Isso não significa que o réu será considerado revel, mas, tão somente, que estará indefeso. Em seguida, o árbitro deverá colher a prova utilizando dos mesmos critérios previstos na Lei nº 9.099/1995 para o juiz (art. 25).⁷ Assim, o árbitro poderá deferir a

⁷ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

produção da prova oral, pericial e até realizar uma improvável inspeção, que, no regime dos Juizados, pode ser feita por “pessoa de confiança” (art. 35, parágrafo único, da LJE).

Importante destacar que, no regime do CPC/1973, a arbitragem judicial somente poderia ser feita por equidade se as partes assim ajustem (art. 1.075, IV). Desse modo, o legislador entendeu necessária a determinação expressa no texto da Lei nº 9.099/1995 de que o julgamento feito pelo árbitro poderia se pautar pelo emprego da equidade, independentemente da manifestação expressa das partes nesse sentido (art. 25). É preciso sublinhar, ainda, que a atuação do árbitro está submetida, tal qual o “juiz togado”, aos preceitos legais de valoração da prova, à busca dos fins sociais e às exigências do bem comum (arts. 5º e 6º). Deve, igualmente, observar os comandos de imparcialidade e correção, agindo como se fosse o juiz natural da causa.

Importante consignar que as partes podem desistir do procedimento arbitral até o início da audiência. Depois de iniciada a audiência de arbitragem, no entanto, a desistência não poderá mais ser admitida.⁸ De fato, não pode o aparato judicial ser mobilizado e depois dispensado, como se estivesse ali para atender a um capricho das partes. Logo, é importante que o conciliador esclareça, no momento de formalizar o início da audiência arbitral que o início da audiência marca o fim da possibilidade de desistência do procedimento arbitral.

Note-se que o art. 26 da LJE previu a possibilidade de o árbitro proferir o seu laudo arbitral ao término da audiência de instrução arbitral ou fora dela, “nos cinco dias subsequentes”. Essa faculdade, que não existe em relação ao juiz (art. 28), nos parece estar em desarmonia com o sistema criado para os Juizados Especiais, notadamente em relação ao princípio da oralidade (art. 2º da LJE). Por isso, condenamos a sua previsão. Não se trata, entretanto, de uma regra inconstitucional. Mas sua aplicação deve ser evitada ao máximo, para não lançar dúvida sobre a atuação do árbitro e para conferir celeridade e efetividade ao procedimento arbitral. Se o árbitro proferir seu laudo em audiência, deverá reduzi-lo a termo, aos moldes do regramento previsto para o “juiz togado” (art. 38 da LJE).

Ao proferir seu laudo, o árbitro deve observar o limite de 40 salários mínimos, se a questão submetida à arbitragem estiver prevista no art. 3º, I e IV, da Lei nº 9.099/1995 (causa de pequeno valor). Apesar de a arbitragem ser uma técnica em que a solução decorre de um ajuste entre as partes, ela não

⁸ ROCHA, Felippe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 197.

pode ser equiparada à conciliação ou à mediação, para fins de ultrapassagem do teto legal (art. 3º, § 3º, da LJE). Além disso, ao julgar, não poderá o árbitro produzir decisão ilíquida (art. 38, parágrafo único, da LJE). Se o julgamento arbitral envolver uma condenação a pagar, deverá o árbitro incluir em seu laudo um índice de conversão, que poderá ser a UFIR ou o salário mínimo, por exemplo (art. 52, I, da LJE).

É importante destacar que, obtido o acordo ou proferido o laudo arbitral, este somente terá eficácia executiva após a homologação pelo juiz (art. 515, II, do CPC/2015), muito embora possam as partes cumpri-lo voluntariamente desde a sua celebração. O que não se pode admitir é que a homologação do acordo fique condicionada ao cumprimento prévio de seus termos. Nesse caso, tanto a parte credora como a devedora podem pleitear a intervenção do juiz para que o acordo lhe seja imediatamente submetido à homologação. O juiz, antes de chancelar o acordo realizado, deverá verificar a sua regularidade formal.⁹ O resultado dessa avaliação pode levar ao encerramento do procedimento sem resolução do mérito, se verificar a ocorrência de algum vício insanável, à realização de diligências, para corrigir vícios sanáveis, ou à homologação do acordo por sentença (art. 22, parágrafo único, da LJE).

Estabelece o art. 41 da Lei 9.099/1995 que o laudo arbitral, uma vez homologado, não admite “recurso”. Analisando este dispositivo, Maurício Antônio Lopes¹⁰ defende que a irrecorribilidade da decisão que homologa o laudo arbitral seria inconstitucional por violar o princípio do duplo grau de jurisdição. Com o devido respeito, mas ousamos divergir desse pensamento. A irrecorribilidade no procedimento de arbitragem integra a sua própria essência, qual seja, a submissão da vontade das partes à decisão do árbitro. Ademais, para que fosse possível alguma forma de impugnação, por questão de coerência, o recurso teria que ser dirigido a uma turma de árbitros, o que não existe. Por isso mesmo, as partes deverão estar cientes dessa circunstância no momento que concordarem com a instalação da arbitragem (art. 24), sob pena de invalidação do procedimento.

Não obstante, acompanhando a posição minoritária na doutrina, defendemos que a decisão de homologação do laudo arbitral é passível de impugnação por embargos de declaração (art. 48). Nesse caso, ainda que a omissão, a obscuridade, a contradição ou o erro material tenham sido fruto

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 3, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 475.

¹⁰ LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. *Lei dos juizados especiais cíveis e criminais*: lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 35.

da atividade do árbitro, quem julgará o recurso, por certo, será o juiz, que poderá, entre outras medidas, determinar a realização de novo laudo arbitral ou a complementação do anterior. Se os embargos de declaração não forem interpostos ou providos, diante da gravidade do vício e do descabimento da ação rescisória (art. 59 da LJE), o caminho disponível para a parte interessada será impetrar mandado de segurança com efeitos rescisórios, dirigido para a Turma Recursal correspondente.¹¹

Após a homologação, como sublinhado, o laudo arbitral adquire *status* de título executivo judicial (art. 26 da LJE e art. 515, II, do CPC/2015). Assim, na hipótese de alguma das partes descumprir as obrigações reconhecidas na decisão arbitral, poderá a parte prejudicada promover a sua execução, nos mesmos autos onde foi proferida, na forma prevista pelo art. 52 da LJE (art. 3º, § 1º, I, da LJE).

5. Conclusões

Apesar de ser perfeitamente possível executar o procedimento arbitral previsto nos arts. 24 a 26 da LJE, entendemos que esse modelo de arbitragem judicial não se coaduna mais com o perfil da arbitragem implantada no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). De fato, sustentamos que a única forma de arbitragem que deve ser utilizada para dar tratamento adequado aos conflitos de interesse, dentro e fora do Sistema dos Juizados Especiais, é a arbitragem extrajudicial, também chamada de particular ou privada.

Por isso, defendemos que os arts. 24 a 26 da LJE sejam revogados e em seu lugar tenha um dispositivo que permita que as partes suspendam o procedimento em curso perante os Juizados Especiais para recorrerem à arbitragem extrajudicial, se assim desejarem. Na nossa concepção, o ideal seria que as partes pudessem suspender o procedimento sumaríssimo previsto na Lei nº 9.099/1995 para buscar a solução da questão por meio da arbitragem. Com isso, se a arbitragem não fosse instalada ou não conseguisse resolver a questão, o autor poderia retomar o processo judicial. Por certo, a suspensão do procedimento sumaríssimo não poderia ser indefinida. Assim, nos parece que seria razoável estabelecer um prazo de seis meses para sua retomada, sob pena de encerramento do feito, sem resolução do mérito.

Uma síntese dessas propostas poderia ocupar o lugar dos atuais arts. 24, 25 e 26 da LJE, com a seguinte redação:

¹¹ ROCHA, Felippe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática*. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019, p. 364.

Art. 24. Não obtida a conciliação, as partes poderão optar, de comum acordo, pela adoção da mediação ou da arbitragem.

Art. 25. Manifestado das partes o interesse na utilização da mediação, o procedimento em curso perante os Juizados Especiais ficará suspenso, a partir da assinatura da ata de conciliação.

§ 1º. Na própria ata constará a data, hora e o local da realização da primeira sessão de mediação a ser realizada nos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos vinculados àquele Juizado Especial.

§ 2º. Se da mediação resultar uma solução capaz de pôr fim ao litígio, esta será reduzida a termo e imediatamente encaminhada ao juiz togado, para homologação por sentença.

§ 3º. Se na mediação não for possível resolver integralmente o litígio, na ata de encerramento constará o dia e a hora em que será realizada a audiência de instrução e julgamento do procedimento, que até aquele momento estava suspenso.

§ 4º. Se na mediação for possível resolver parte do litígio, o juiz togado deverá homologar a solução ajustada ao final da audiência de instrução e julgamento, que somente poderá versar sobre a parcela do litígio que não foi resolvida pelas partes.

Art. 26. Manifestado das partes o interesse na utilização da arbitragem extrajudicial, na forma prevista na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, o procedimento em curso perante os Juizados Especiais ficará suspenso por até seis meses, a partir da assinatura da ata de conciliação.

§ 1º. Se da arbitragem resultar uma solução capaz de pôr fim ao litígio antes do prazo previsto no caput deste artigo, o árbitro que presidiu o procedimento comunicará tal fato ao Juizado Especial, devidamente documentado, para que o procedimento judicial seja encerrado, sem resolução do mérito.

§ 2º. Se o autor da demanda não requerer a retomada do procedimento judicial no prazo mencionado no caput deste artigo, ele será encerrado, sem resolução do mérito, independentemente de intimação prévia das partes.

§ 3º. No pedido de retomada do procedimento judicial, o autor deverá comprovar a resistência do réu na instalação da arbitragem extrajudicial ou a impossibilidade de solução integral do litígio por essa via.

§ 4º. Deferido o pedido de retomada do feito, o réu será intimado, pessoalmente ou por seu advogado, da data designada para realização da audiência de instrução e julgamento, na forma prevista nesta lei.

§ 5º. Se na arbitragem for possível resolver parte do litígio, na audiência de instrução e julgamento somente será tratada a parcela do litígio que não foi solucionada pelas partes.

6. Referências

- CÂMARA, Alexandre. **Arbitragem**: Lei 9.307/1996. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Lei dos juizados especiais cíveis e criminais**: Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; LEAL, Stela Tannure. Tribunal multiportas e crises de identidade: o judiciário como alternativa a si mesmo? *In*: ORSIN, Adriana Goulart de Sena; MAILLART, Adriana Silva; SANTOS, Nivaldo dos. (org.). **Formas consensuais de solução de conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 5-33.
- ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis: teoria e prática**. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 2019.
- SOUZA, Marcia Cristina Xavier de. Do processo eletrônico instituído pelo NCPC e seu impacto nos juizados especiais cíveis. *In*: REDONDO, Bruno Garcia *et al* (coord.). **Coleção repercussões do novo CPC. v. 7: juizados especiais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 213-222.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 3, 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996.

O neoconstitucionalismo na era do geodireito

Guilherme Sandoval Góes¹

Resumo

O presente artigo tem a pretensão de examinar a conexão epistemológica multidisciplinar que une o direito e a geopolítica, disciplinas que se imbricam de tal maneira que acabam desaguando na garantia de direitos fundamentais do cidadão comum. Isso significa dizer que a busca pelo desenvolvimento nacional deve ser feita sem se afastar dos pilares de sustentabilidade de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. É nesse diapasão, portanto, que este artigo aspira contribuir para a abertura de novos espaços de reflexão científica dentro da teoria constitucional, fazendo-a alçar voo mais elevado em direção a um constitucionalismo dito estratégico, que se junta ao constitucionalismo principialista pós-positivista.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo; constitucionalismo estratégico; constituição estratégica; geodireito.

Abstract

The current article aims to analyze how the connection between geopolitics and law can assure the effectiveness of Constitutional Text and the applicable infraconstitutional legislation.

Keywords: Neoconstitutionalism; strategic constitutionalism; strategic constitution; geolaw.

Introdução

O presente artigo é fruto de pesquisa em andamento no programa produtividade da Universidade Estácio de Sá (UNESA) e que versa sobre o tema “A judicialização da geopolítica como última fronteira epistemológica do Estado Neoconstitucional de Direito”.

Assim sendo, convém examinar o fenômeno, que muito embora ainda seja academicamente oculto no Brasil, já é uma realidade no âmbito das decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), qual seja a “judicialização

¹ Pesquisador do Programa Produtividade da UNESA. Pós-Doutorando em Geopolítica, Cultura e Direito pela UNIFA. Doutor e Mestre em Direito pela UERJ. Professor Emérito da ECEME. Membro do PPGCA da UNIFA e PPGSID da ESG. Professor de Direito Constitucional da EMERJ, UNESA e UCAM. Diplomado pelo Naval War College dos Estados Unidos da América (Newport, Rhode Island). Chefe da Divisão de Geopolítica e Relações Internacionais da ESG. Agradeço o apoio do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

das grandes questões geopolíticas do Estado brasileiro”, que são levadas à Suprema Corte, seja na esfera concentrada, seja na esfera difusa do controle de constitucionalidade.

Infelizmente, há que se reconhecer que essa linha epistemológica ainda é incipiente no Brasil. No entanto, é firme nossa convicção de que a plena compreensão da relação “Constituição-Geopolítica” será o grande divisor de águas no âmbito da nova teoria da Constituição e da teoria dos direitos fundamentais, notadamente se o Brasil conseguir materializar todo o seu potencial de desenvolvimento nacional.

Portanto, a ideia central é analisar a relação epistêmica entre o direito e a geopolítica dentro do panorama jurídico-constitucional do terceiro milênio, caracterizado pelo assim chamado neoconstitucionalismo² e, em especial, seus desdobramentos no estudo da efetividade dos direitos sociais em tempos de globalização da economia.

Com efeito, tal globalização neodarwinista tem desdobramentos geopolíticos e jurídicos que se imbricam de tal maneira que acabam desaguando na tentativa de desconstrução do Estado Democrático Social de Direito (*Welfare State*), na alteração estrutural de poder hegemônico da ordem neoliberal e, principalmente, na intensificação de uma guerra comercial entre potências globais, que pode repercutir no cenário global como um todo. Trata-se da ordem mundial pós-moderna, paradigma ainda em construção, mas, que já projeta toda a sua complexidade e instabilidade.

E assim é que, na esteira desta complexidade pós-moderna, a dinâmica do neoconstitucionalismo também se acelera, na medida em que se vê compelida a incorporar na equação jurídico-constitucional novas variáveis metajurídicas até então desconsideradas, como, por exemplo, a influência da geopolítica do macropoder global sobre as normas jurídicas de Direito Interno dos países de modernidade tardia, como, infelizmente é o caso do Brasil. Urge, portanto, compreender tal geopolítica com o desiderato de

² No prefácio da obra de BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, sob o subtítulo **neoconstitucionalismo, interpretação constitucional e judicialização das relações sociais no Brasil**, o Professor Luís Roberto Barroso assim se manifestou: “A dogmática jurídica brasileira sofreu, nos últimos anos, o impacto de um conjunto novo e denso de ideias, identificadas sob o rótulo genérico de *pós-positivismo* ou principialismo. Trata-se de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nele se incluem a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sob a ideia de **dignidade da pessoa humana**. Nesse ambiente, promove-se uma **reaproximação entre o Direito e a Ética**.” (grifos nossos).

identificar seus reflexos na obstaculização de uma genuína estratégia nacional de desenvolvimento.

Realmente, a falta de compreensão do jogo geopolítico mundial dificulta a criação de uma geopolítica brasileira autóctone, com latitude cratológica suficiente para garantir o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos brasileiros. A questão é complexa, mas, não pode deixar de ser enfrentada pelo juiz/jurista do século XXI. Não se refuta o amplo campo de reflexões a fazer, no entanto, já é possível diagnosticar os desafios do novo constitucionalismo (neoconstitucionalismo) no que tange ao encontro científico entre garantia de direitos fundamentais e desenvolvimento nacional.

É por tudo isso que o presente artigo outro caminho não terá senão o de trilhar toda a complexidade do geodireito, aqui vislumbrado como elemento de conexão científica entre geopolítica e direito, daí a necessidade de estabelecer diálogos epistemologicamente sofisticados que envolvem estratégias mundiais de poder hegemônico e elaboração de normas jurídicas internas de países subdesenvolvidos de modernidade tardia do Sul global.

Esta é a razão pela qual se acredita que o jurista brasileiro do século XXI tem o grande desafio de compreender, com acuidade acadêmica, os elementos teóricos do geodireito, construindo um novo paradigma constitucional de estatalidade positiva atenuada, que harmonize, de um lado, o binômio *livre iniciativa – abertura mundial do comércio* e, do outro, o trinômio *dignidade da pessoa humana - desenvolvimento nacional – justiça social*.

Enfim, urge introduzir na cultura jurídica brasileira esse novo ramo da ciência jurídica, cuja linha epistêmica se propõe a estudar não apenas os desdobramentos da judicialização da política, mas, principalmente, a judicialização da geopolítica e seus desdobramentos na ordem jurídico-constitucional do Estado nacional soberano.

O novo constitucionalismo precisa de visão mais estratégica.

Em essência, um verdadeiro Estado Democrático de Direito busca garantir as três dimensões de direitos fundamentais e, em particular, a promoção da dignidade da pessoa humana para todos os cidadãos.

Nosso objetivo nesta segmentação temática é demonstrar que tal desiderato perpassa necessariamente pela capacidade de a elite brasileira conceber uma sofisticada estratégia nacional de desenvolvimento, autônoma e focada na consecução dos objetivos fundamentais da Constituição de 1988, daí a necessidade de promover o encontro epistemológico entre geopolítica e direito.

Em consequência, um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo continua sendo o de construir um arquétipo hermenêutico capaz de reaproximar o direito da ética com espreque na legitimação democrática do ativismo judicial garantidor da efetividade dos princípios constitucionais, notadamente aqueles relativos aos direitos fundamentais de segunda dimensão, cuja eficácia social demanda prestações estatais.

Observe, com atenção, que a globalização liberal pós-Guerra Fria acaba operando a quebra de equilíbrio do sistema jurídico de proteção dos direitos humanos, na medida em que passa a privilegiar a primeira dimensão (direitos civis e políticos de natureza absentéista) em detrimento da segunda (direitos sociais, econômicos, culturais e trabalhistas de natureza prestacional), fazendo ressurgir das cinzas a hegemonia exegética do arquétipo constitucional liberal. Tudo isso projeta a concepção de uma ordem política que coloca em risco as conquistas sociais a partir da neutralização axiológica da Constituição Dirigente. No dizer de Alexandre Castro Coura e Quenya Correa de Paula, em artigo publicado na Revista Brasileira de Estudos Políticos, tem-se:

À luz da compreensão como existencial e sob a ascendência da fenomenologia heideggeriana, o dirigismo constitucional, ainda que acossado pela capacidade regulatória da economia-mundo e pelas redes informais do capitalismo financeiro, tem espaço ao projeto traçado pelo poder fundador, a partir da pulsão em efetivar mudanças, cujo significado se redimensiona com a constitucionalização do Direito. (...) No constitucionalismo diretivo-programático, diferenciado pelo propósito de realizar o núcleo essencial-fundamental traçado no processo constituinte, a refundação do Direito é pautada pelo caráter finalístico voltado à alteridade e à solidariedade social, de modo que todos devem agir visando à concretização dos direitos de espectro ampliado, provenientes de uma Carta prolixa, que deixou de encampar o traçado de linhas apenas estruturais e ligadas à função de estatuto organizatório para abarcar princípios, valores e normas disciplinadoras da esfera econômica e social, algo como um plano normativo para o futuro e que leva ao Direito o debate moral.³

De todas essas análises complexas que surgem a partir de um mosaico cientificamente multinucleado, cuja abordagem percorre desde a

³ COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.116, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: RBEP/UFMG, 2018, p. 66.

desconstrução do *Welfare State*, perpassa pela evolução do regime jurídico de proteção dos direitos humanos, até, finalmente, chegar à atrição de duas grandes tendências constitucionais contemporâneas, que coloca, de um lado, o projeto epistemológico neoliberal do capitalismo democrático, liderado pelo poder geopolítico unipolar (democracia liberal de inspiração lockeana), e, do outro, a perspectiva de um projeto epistemológico metaconstitucional da ordem mundial multipolar de equilíbrio de poder (democracia cosmopolita de inspiração kantiana).

Desta forma, nunca é demais lembrar a evolução que a teoria dos direitos fundamentais vem sofrendo ao longo da História, mormente nesta era de estatalidade pós-moderna, período no qual se concentrarão nossas principais perscrutações jurídico-constitucionais e cuja pluralidade de sentidos foi muito bem capturada por Luís Roberto Barroso, valendo, pois, reproduzir suas palavras, *in verbis*:

Planeta Terra. Início do século XXI. Ainda sem contato com outros mundos habitados. Entre luz e sombra, descortina-se a *pós-modernidade*. O rótulo genérico abriga a mistura de estilos, a descrença no poder absoluto da razão, o desprestígio do Estado. A era da velocidade. A imagem acima do conteúdo. O efêmero e o volátil parecem derrotar o permanente e o essencial. Vive-se a angústia do que não pôde ser e a perplexidade de um tempo sem verdades seguras. Uma época aparentemente *pós-tudo*: pós-marxista, pós-kelseniana, pós-freudiana.⁴

Com a devida agudeza de espírito, o estimado leitor haverá de concordar que o conceito de pós-modernidade é cercado por um plexo quase indecifrável de significados, não sendo, por conseguinte, objetivo do presente artigo enfrentar diretamente tal questão. Nossa proposta limitar-se-á a estudar as transformações do regime jurídico de proteção dos direitos humanos nesta era de estatalidade pós-moderna e seus impactos na imposição de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional.

E mais: é o neoconstitucionalismo que dá nova feição para a teoria da eficácia das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais de segunda dimensão. Na verdade, o que se constata é o esforço de superação do positivismo jurídico de aplicação silogístico-subsuntiva, buscando-se atribuir força normativa aos princípios constitucionais, que predominam no

⁴ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos fundamentais e Relações Privadas. Organizador Luís Roberto Barroso. São Paulo-Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 2.

catálogo de direitos fundamentais do cidadão brasileiro comum. De fato, no neoconstitucionalismo, a efetividade dos princípios constitucionais vem sendo consolidada mediante harmonização entre o texto da lei e o sentimento constitucional de justiça.⁵

Eis aqui um dos grandes desafios do neoconstitucionalismo quando pensado à luz da hermenêutica do desenvolvimento nacional, qual seja: demonstrar que a efetividade dos direitos fundamentais do cidadão comum e, em especial, dos hipossuficientes, depende da postura estratégica do Estado perante o sistema internacional. Nesse mister precípua, o estudioso do direito constitucional hodierno, haverá, então, de refletir acerca da influência da geopolítica mundial sobre o ordenamento jurídico de seu Estado.

Isso quer dizer, por outras palavras, que, para tornar efetivos os objetivos fundamentais previstos no artigo terceiro da Constituição de 1988, deve o Poder Judiciário fazer uso das técnicas neoconstitucionalistas que viabilizam o processo de ponderação de valores de normas de mesma dignidade constitucional, aí incluído o princípio do desenvolvimento nacional.

Observe, com atenção, que, dentre os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, encontra-se a busca do desenvolvimento nacional. Portanto, não se trata apenas de uma mera questão estratégica ou de relações internacionais, mas também de um comando normativo com a mesma dignidade constitucional das outras normas da nossa Carta Magna. Com rigor, pode-se afirmar que a efetividade dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro está umbilicalmente atrelada à efetividade dos direitos sociais de segunda dimensão, que, por sua vez, depende de ações estratégicas do Estado.

É por isso que a nova fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo deve se mover no sentido de garantir o núcleo essencial do princípio constitucional do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, há que se reconhecer que o direito constitucional dos países subdesenvolvidos não pode ser aquilo que o capitalismo democrático imposto pelas nações desenvolvidas diz que é. Um verdadeiro Estado Democrático de Direito será aquele no qual a interpretação da Constituição não fica adstrita tão somente ao esquema imposto pelas forças hegemônicas do sistema internacional, mas, deve, sim, navegar na direção de uma geopolítica autóctone, amparada pelas teses pós-positivistas que promovem o desenvolvimento nacional a partir da ponderação de valores constitucionais.

⁵ GÓES, Guilherme Sandoval. Neoconstitucionalismo e dogmática pós-positivista. In: *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso. Renovar, 2007, p. 113.

Nesse sentido, pode-se mesmo afirmar que a efetividade ou eficácia social dos direitos fundamentais do homem comum brasileiro é muito mais uma questão estratégica do que uma questão jurídica, daí a ideia-força de que o geodireito é a última fronteira epistemológica da teoria neoconstitucional da eficácia jurídica. Em consequência, projeta-se a imagem de uma nova vertente na teoria constitucional contemporânea e que é o constitucionalismo estratégico, cujo diferencial é a incorporação da variável geopolítica circundante do mundo globalizado neodarwinista no discurso jurídico.

De tudo se vê, pois, que a dogmática jurídica brasileira atinge novas fronteiras científicas a partir desse conjunto de ideias pós-positivistas, cujos avanços são inexoráveis e que trazem no seu bojo a concepção de um sistema constitucional aberto de regras e princípios, focado agora também na ponderação do desenvolvimento nacional com outros valores constitucionais de mesma hierarquia, como, por exemplo, a proteção do meio ambiente. Em consequência, já não se tem mais dúvidas sobre a nova hermenêutica constitucional, caracterizada pela ascensão exegética dos valores axiológicos, dentre eles a norma constitucional que garante o desenvolvimento nacional, cuja dignidade normativa fez com que o Poder Constituinte Originário (PCO) a qualificasse como um dos grandes objetivos fundamentais do Estado brasileiro.

Sob os influxos do neoconstitucionalismo, o núcleo fundante do Estado de Direito da pós-modernidade é a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana,⁶ bem como a consecução dos objetivos fundamentais do Estado brasileiro que buscam uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos.⁷

É nesse sentido que se sugere o aperfeiçoamento de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional, que leve em consideração, na ponderação de valores constitucionais, a questão estratégica, aqui vislumbrada como o conjunto de políticas públicas do Estado brasileiro envolvendo todas as dimensões do poder nacional (política, econômica, militar, cultural e científico-tecnológica). Um país sem estratégia de desenvolvimento nacional é um país à deriva que, sem rumo, não sabe aonde quer chegar.

Em consequência, importa considerar os seguintes questionamentos:

⁶ Art.1º, inciso III, da CRFB/88.

⁷ Art. 3º, incisos I a IV, da CRFB/88.

a) é possível construir uma sociedade livre, justa e solidária sem uma *geopolítica genuinamente nacional*?

b) o desenvolvimento nacional pode ser alcançado ou acelerado sem a concepção de um grande *projeto geopolítico de Estado* e, não apenas um *projeto de governo* de determinada classe política, preocupada somente com a manutenção do seu poder político?

c) a erradicação da pobreza e da marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais serão alcançadas com a mera adoção de regras do mercado internacional, sem nenhuma intervenção estatal?

d) a promoção do bem de todos, aí incluídos os direitos sociais dos hipossuficientes, será materializada pela implantação de uma *geopolítica neoliberal* feita em subordinação aos interesses estratégicos dos centros mundiais de poder?

Com esse tipo de intelecção em mente, deve o neoconstitucionalismo brasileiro projetar a imagem de um Estado ativo na condução das suas políticas públicas, o que evidentemente conflita com o contexto pós-moderno de desglobalização da economia. Nesse sentido, a elite pensante dos países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro, tem o desafio de desvelar a face oculta que circunscreve a formulação da geopolítica mundial, cuja dinâmica já não é mais imposta apenas pelos Estados hegemônicos, mas, principalmente, por suas empresas e conglomerados multinacionais.⁸

De tudo se vê, por conseguinte, que a última fronteira epistemológica do neoconstitucionalismo é, indubitavelmente, a incorporação da variável geopolítica à equação jurídica, isto é, a capacidade de identificar a influência das forças hegemônicas da geopolítica mundial sobre a elaboração da ordem jurídica interna.

Assim, não resta nenhuma dúvida de que a dignidade da pessoa humana e a proteção dos hipossuficientes não podem ser retiradas do epicentro do constitucionalismo da pós-modernidade. Isso significa dizer, por outras palavras, que a efetividade da segunda dimensão de direitos, notadamente os direitos sociais e trabalhistas, depende do controle estratégico do Estado sobre determinados setores da sua economia. Sem isso, a dignidade da pessoa humana não se realiza plenamente apenas com a redução jurídica do Estado,

⁸ É evidente que a geopolítica mundial somente é operacionalizada pelos Estados nacionais (sujeitos de direito internacional público capazes de promover tratados multilaterais entre si), porém, forçoso é reconhecer não só a força normativa dessas empresas e conglomerados globais, mas principalmente a supremacia deles, na medida em que os países detentores da tecnologia e controladores da economia mundial (Estados Unidos, União Europeia, China e Japão) formulam suas grandes estratégias nacionais visando proteger os interesses econômico-comerciais das suas grandes corporações multinacionais.

ao revés, exige a implantação do *constitucionalismo welfarista* de estatalidade positiva.⁹

Em consequência, a luta pela dignidade da pessoa humana deve ser feita tanto por meios jurídico-constitucionais, como por meios estratégicos. Uma sociedade que se pretenda justa e solidária, redutora de desigualdades e promotora do bem comum, precisa conceber sua grande Estratégia nacional, de forma genuína e autônoma, porém, levando em consideração o imbricado quadro geopolítico de poder mundial.

É nesse sentido que o direito constitucional precisa de visão mais estratégica, notadamente, nos países de modernidade tardia (periferia do sistema mundial), na medida em que tais nações costumam recepcionar conteúdos internacionais nas suas respectivas Constituições, muitas vezes, advindos da geopolítica dos centros mundiais de poder.

É dentro deste quadro complexo que surge o conceito de “geodireito” enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, que se destina a examinar as interconexões entre o direito e a geopolítica. Em essência, como já dito alhures, o geodireito coloca as variáveis extrajurídicas geopolíticas em contato direto com as variáveis jurídicas, dentro de uma simbiose transdisciplinar que faz avançar o neoconstitucionalismo, pois obriga o direito constitucional a incorporar na sua equação exegética a influência de poder mundial externo sobre a elaboração das leis internas dos países de modernidade tardia do Sul Global.¹⁰

É nesse sentido que o geodireito tem dois grandes segmentos epistemológicos, a saber: (i) a constitucionalização da geopolítica (influência direta da geopolítica sobre a formulação do direito), simbolizando o controle geopolítico do direito e (ii) a judicialização da geopolítica (influência direta do direito sobre a formulação da geopolítica), simbolizando o controle jurídico da geopolítica.

⁹ Nesse sentido, convém compreender que a realização da dignidade da pessoa humana de todos os cidadãos de um determinado Estado depende de uma grande estratégia nacional que leve em consideração o jogo geopolítico do poder mundial. No caso brasileiro, os objetivos fundamentais, projetados pelo constituinte pátrio, somente serão concretizados com o abandono de paradigmas constitucionais meramente absenteadistas, negadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A tentativa de neutralização axiológica de tais direitos - dentro de um ambiente geopolítico mundial permeado de interdependência entre os Estados nacionais - certamente enfraquecerá a garantia de vida digna para todos.

¹⁰ Sob a ótica do geodireito, o direito ganha maior visão estratégica e a estratégia ganha maior visão jurídica, uma vez que a ordem mundial, o direito internacional público e a Constituição são colocados lado a lado com o objetivo de organizá-los sistematicamente como um todo epistemológico. Com esse tipo de intelecção em mente, é possível compreender, por exemplo, as razões da geopolítica mundial que, praticamente, impõem determinadas alterações nas Constituições dos países em desenvolvimento.

Com a devida agudeza de espírito, observe a grandeza científica dessa perspectiva transdisciplinar do geodireito, cujo objetivo é sistematizar as relações entre a geopolítica e o direito (na verdade inclui também as relações internacionais, a economia, a ciência política, o direito internacional público, o direito constitucional e as leis infraconstitucionais).

Infelizmente, no Brasil, não temos nenhuma grande obra acadêmica sobre esse assunto, diferentemente de outros países, como, por exemplo, na Itália. Lá, existem diversos estudiosos, valendo destacar por todos, o renomado doutrinador Natalino Irti, com a obra “Norma e lugar: princípios de geodireito”, que pesquisam as relações entre as forças da economia e da tecnologia e o direito.

Nos Estados Unidos, é importante destacar o grande doutrinador, jurista e estrategista, Philip Bobbitt, que, muito embora e diferentemente de Natalino Irti, não use expressamente a palavra geodireito, desenvolve, entretanto, densa literatura sobre as relações entre a estratégia nacional, o direito constitucional e o direito internacional público. Aliás, são as próprias palavras de Philip Bobbitt que mostram essa sua característica dual de constitucionalista e estrategista:

Afinal, nos últimos 25 anos, levei uma vida dupla. Como professor, dividi minha vida entre o Texas e a Inglaterra. Nos Estados Unidos, ensino direito constitucional na Universidade do Texas; no Reino Unido, dei aulas de estratégia nuclear, primeiro em Oxford e mais tarde no Kings College em Londres. No exterior, ensino apenas estratégia; em meu país, apenas direito.¹¹

Em suma, com a força argumentativa de um Philip Bobbitt ou de um Natalino Irti, é bem de ver a relevância da sistematização que se pretende fazer a partir de delineamentos teóricos do geodireito. Ressoa indubitável o grande avanço que o geodireito pode trazer para a teoria da constituição e para a teoria da eficácia dos direitos fundamentais.

É nesse sentido que desponta a ideia de visão estratégica da Constituição, na qual a proteção da dignidade da pessoa humana será concretizada pela evolução geopolítica do País mormente nesses sombrios de desglobalização da economia. Com isso, percebe-se que a teoria material da Constituição, focada na hermenêutica do desenvolvimento nacional, é o vetor fundante da garantia da dignidade da pessoa humana, com redução das desigualdades regionais e sociais. É nesse contexto que o neoconstitucionalismo necessita, cada vez mais, de visão estratégica, daí a relevância do conceito de geodireito.

¹¹ BOBBITT, Philip. *A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p.3 dos agradecimentos.

Sua grandeza científica encontra-se exatamente na possibilidade de aferição da harmonia entre a Constituição, a Estratégia Nacional e a consecução dos objetivos fundamentais fixados pela própria Constituição, dentro de uma ideia material de constitucionalismo estratégico-programático que projeta fins e programas geopolíticos a serem alcançados no futuro pelo legislador ordinário.

Busca-se, aqui, a compreensão da Constituição em sua totalidade, aí incluída sua dimensão estratégica que se coloca lado a lado às outras três dimensões, quais sejam: a democrática, a liberal e a social.

2. Constituição e geopolítica em tempos de estatalidade pós-moderna

Neste segmento temático, colima-se examinar as principais características que circunscrevem o chamado Estado Pós-Moderno, um novo ciclo estatal que surge a partir do colapso soviético e que ainda se encontra em construção.

Apesar disso, não se pode negar que o paradigma pós-moderno vem apontando para a ordem liberal, a redução jurídica do Estado a partir de estruturas negativas e meramente procedimentais de limitação do poder do Estado, retirando-lhe a força normativa tão arduamente conquistada, ao mesmo tempo em que se tenta nulificar seu papel transformador e emancipatório que fixa tarefas, programas e fins para o Estado e para a sociedade.

Na companhia do italiano Natalino Irti, um dos grandes juriconsultos da atualidade, defende-se a tese de que a nova geopolítica mundial – impulsionada pela economia e pela tecnologia – não desconhece a máxima de que o território estabelece a medida do *senhorio jurídico* do Estado¹² e que por isso mesmo é fundamental saber explorar a dimensão espacial do Direito. É a ideia-força de *spatium terminatum*, vale dizer, lugar de Política e Direito, isolado e identificado pelos limites da jurisdição constitucional do Estado territorial e que em muito se aproxima do conceito de *lebensraum*, enquanto espaço vital e objeto principal da Geopolítica Clássica de autores de nomeada, *e.g.*, Haushofer, Mackinder, Spykman, Mahan e muitos outros.

Acontece que na era do geodireito, o poder dos atores não estatais, associado aos seus respectivos Estados de origem, notadamente EUA e China, não conhece limites geográficos, na medida em que se expandem para todo o planeta, atuando como forças de redução jurídica dos Estados em que pretendem atuar, obtendo lucro e vantagens mais facilmente. Com isso, surge

¹² IRTI, Natalino. *Geodireito*. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karan Trindade. Conferência sobre Biodireito e Geodireito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p.1.

um novo tipo de *lebensraum* agora dito pós-moderno, qual seja a conquista de mercados e mentes em escala planetária,¹³ não importando mais a guerra de conquista de territórios físicos, mas sim um novo espaço imaterial sem limites fronteiriços.

De clareza meridiana, portanto, a clivagem jurídica da geopolítica, que enfraquece as Constituições dirigentes do mundo em desenvolvimento e faz renascer das cinzas a fênix constitucional de arquétipo neoliberal pré-weimariano. É a penetração geopolítica substituindo a clássica visão kelseniana da impenetrabilidade da ordem jurídica estatal, ou seja, o território do Estado já não é mais símbolo de soberania plena, espaço vital de delimitação das fronteiras entre Estados nacionais.

É nesse sentido que Ignácio Ramonet¹⁴ põe a nu a ideia-força de civilização do caos dos novos senhores do mundo (conglomerados financeiros e industriais privados), do planeta saqueado (destruição sistêmica do meio ambiente), das metamorfoses do poder e suas formas negociadas, reticulares e horizontais (mídia, grupos de pressão e organizações não-governamentais), do choque das novas tecnologias (lado a lado com o choque de civilizações das guerras étnicas) e tudo isso fazendo exalar nessa sociedade ocidental pós-moderna *um mau cheiro de remorso e algo parecido com um sentimento de náusea*.¹⁵

Infelizmente, esta é a compilação que se faz do quadro pós-moderno. É forçoso reconhecer que a estatalidade pós-moderna vem trazendo até agora uma perspectiva sombria de agravamento do ciclo de pobreza extrema da linha periférica do sistema internacional e de desamparo de hipossuficientes (camadas mais pobres do tecido social dos países de modernidade tardia) deixados à própria sorte, sem reunir as condições mínimas de vida digna.

Nesse contexto de miséria humana, é preciso ganhar sensibilidade acadêmica apurada para compreender as bases teóricas do geodireito, que deve, verdadeiramente, ser autônomo em relação às forças irtianas de delimitação do macropoder mundial. No Sul global, nossas constituições e leis são modificadas sem qualquer relação com um possível projeto nacional de desenvolvimento, ao revés, o que prepondera é a influência da geopolítica mundial dos atores detentores do poder de tomadas de decisões do sistema

¹³ Em tempos de estatalidade pós-moderna, o novo conceito de *lebensraum* não se atrela mais à conquista de territórios, mas sim à conquista de mercados e mentes (massificação por estruturas eficazes de *marketing*). Desloca-se para a centralidade das relações pós-modernas a abertura mundial do comércio comandada por interesses globais de agentes infraestatais.

¹⁴ Para uma investigação científica importante acerca da nova ordem mundial após a queda do muro de Berlim e a perspectiva de um neo-hegemonismo norte-americano, sugere-se a leitura de RAMONET, Ignácio. *A geopolítica do caos*. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

¹⁵ RAMONET, Ignácio. *Geopolítica do caos*, p. 7-12.

internacional. Ou seja, os principais atores internacionais (conglomerados financeiros e industriais privados, empresas multinacionais, organizações não-governamentais de alcance mundial etc.) passam a ter a seu inteiro dispor um amplo catálogo de benefícios fiscais, subsídios, margens elevadas de lucros, escolhendo logicamente aquela oferta constitucional que lhes forem mais vantajosa e conveniente.

Com efeito, o resultado desse constitucionalismo condescendente em demasia, estruturado a partir de relações verticalizadas de poder hegemônico, é melancólico e foi muito bem capturado por aquela imagem trazida pelo mestre Celso Mello quando alerta que os gastos com perfumes ou com sorvetes nos EUA e na Europa seriam suficientes para o atendimento das necessidades sanitárias e nutricionais de todo o mundo subdesenvolvido. Igualmente forte, o registro de que as pessoas estão mais ricas do que os Estados nacionais.¹⁶

Isso significa dizer, por outras palavras, que não se pode mais recepcionar acriticamente construções teóricas estrangeiras muito bem delineadas e sistematizadas por autores que nada mais fazem senão agravar o ciclo de pobreza da linha periférica de Estados subdesenvolvidos. Na era do geodireito, a eficácia positiva dos direitos fundamentais depende da consonância entre a Constituição e a Estratégia Nacional, não se admitindo mais aquela vetusta imagem de solidão constitucional. Ao contrário, urge ao estudioso do direito constitucional contemporâneo desvelar a intrincada tessitura estratégica de poder hegemônico e seus reflexos no campo jurídico interno.

Assim sendo, a busca da dignidade da pessoa humana e a proteção dos hipossuficientes não podem jamais ser retiradas do epicentro constitucional do Estado Pós-moderno, o que evidentemente implica a rejeição do arquétipo neoliberal pré-weimariano, cuja lógica de construção é exatamente a desconstrução da segunda dimensão de direitos sociais em prol das liberdades individuais e da redução jurídica do Estado.¹⁷

¹⁶ As pessoas estão mais ricas que os estados. As 15 pessoas mais ricas ultrapassam o PIB da África Subsaariana. (...) Para atender às necessidades sanitárias e nutricionais fundamentais custaria 12 bilhões de euros, isto é, o que os habitantes dos EUA e União Europeia gastam por ano em perfume e menos do que gastam em sorvete. (...) Cada uma das 100 principais empresas globais vende mais do que exporta cada um dos 120 países mais pobres. As 23 empresas mais importantes vendem mais que o Brasil. Elas controlam 70% do comércio mundial. Cf. Celso de Mello. *Op. cit.* p. 57.

¹⁷ Tal perspectiva somente será concretizada a partir de uma grande Estratégia Nacional, que leve em consideração o jogo geopolítico do poder mundial. Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro, tais quais projetados pelo constituinte pátrio, somente serão concretizados com o abandono de paradigmas constitucionais meramente absenteístas, negadores dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A falta de respeito a tais direitos - dentro de um ambiente geopolítico mundial permeado de interdependência entre os Estados nacionais - certamente enfraquecerá a garantia de vida digna para todos.

Na era do geodireito, é importante destacar bem a relevância da dimensão estratégica da Constituição nos países de modernidade tardia (linha periférica do sistema mundial), na medida em que tais nações, normalmente, costumam modelar seus marcos regulatórios visando atrair investimento das potências centrais. Em essência, o geodireito coloca as variáveis geopolíticas em contato direto com as variáveis jurídicas, dentro de uma simbiose transdisciplinar que faz avançar o neoconstitucionalismo, na medida em que retira sua ingenuidade científica em termos de influência externa que se projeta sobre os processos legislativos internos.¹⁸

Em suma, outro caminho não resta senão o de trilhar a complexa senda epistemológica do geodireito, o que certamente levará o Brasil a não apenas ocupar sua devida posição de poder na ordem mundial, mas, principalmente, a garantir os direitos fundamentais de todas as três dimensões. Mas não é apenas a falta de visão estratégica do legislador democrático que impede o avanço da proteção dos direitos constitucionais mínimos do cidadão comum, desafortunadamente, a academia pátria também não consegue desvelar as interpenetrações entre direito, relações internacionais e geopolítica.

Ou bem se estuda a Geopolítica, nas escolas de relações internacionais, Altos Estudos Militares e nos centros de formação da diplomacia, ou bem se estuda nas escolas jurídicas do País hermeticamente fechados o direito internacional e o direito constitucional. O efeito disso tudo é inexorável: a criação de um edifício epistemológico brasileiro totalmente fragmentado, sem elo científico entre os diversos segmentos do saber nacional.¹⁹

Toda essa análise até aqui realizada mostra com clareza meridiana a missão que tem o neoconstitucionalismo na era do geodireito. Com efeito, dilata-se o espaço de decisão estratégica da Corte Suprema brasileira em decorrência da força normativa da própria Constituição, cuja amplitude constitucional é diretamente proporcional à amplitude dos direitos fundamentais e do respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto novo eixo axiológico do Estado Democrático de Direito.

¹⁸ Sob a ótica do geodireito, o direito ganha maior visão estratégica e a estratégia ganha maior visão jurídica, uma vez que a ordem mundial, o direito internacional público e a Constituição são colocados lado a lado, com o objetivo de organizá-los sistematicamente como um todo epistemológico. Com esse tipo de intelecção em mente, é possível compreender, por exemplo, as razões da geopolítica mundial que, praticamente, impõem determinadas alterações nas Constituições dos países em desenvolvimento.

¹⁹ De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição sob a égide de uma pujante democracia, quando se constata a inaptidão do País para conceber uma estratégia nacional que garanta efetivamente os direitos fundamentais mínimos do cidadão comum, seu núcleo essencial de dignidade humana?

Como nossa Constituição é analítica, dirigente e programática, a matéria constitucional, que se apresenta ao Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião de sua supremacia, é extensa e praticamente de tudo trata. Ora, o consectário mais visível que daí resulta é o surgimento do fenômeno da judicialização da geopolítica. Em verdade, constata-se uma plethora de questões geopolíticas submetidas ao Supremo Tribunal Federal.

Ou seja, o Poder Judiciário vem se transformando em poder legiferante concretizador de políticas públicas ao lado dos legítimos representantes do povo. Como bem aponta Luiz Werneck Vianna, o Poder Judiciário:

antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoiéticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social. (...) o Poder Judiciário começa a ser percebido como mais um estuário para as insatisfações existentes com o ativismo legislativo do Executivo, sendo convocado ao exercício de papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais.²⁰

Em consequência, com a devida agudeza de espírito, o leitor haverá de compreender a nova dimensão estratégica das decisões do STF. Assim, na era do geodireito, resta indubitável que as grandes decisões geopolíticas do Estado brasileiro serão levadas ao Supremo Tribunal Federal para julgamento final. É nesse diapasão que, pautado na reaproximação entre ética e direito, o neoconstitucionalismo é a arma principal para enfrentar as vulnerabilidades sociais advindas do mundo “geopoliticamente pós-bipolar”,²¹ que optou pela implantação do Estado neoliberal de Direito em detrimento do Estado Democrático Social de Direito (*Welfare State*).

Com isso queremos dizer que o neoconstitucionalismo será o contraponto dos impactos nocivos que o processo de globalização neodarwinista pode projetar sobre o constitucionalismo do mundo de modernidade tardia. O que importa compreender bem são as razões geopolíticas ocultas que direcionam as elites do Estado brasileiro, por exemplo, a elaborar as emendas à Constituição, bem como as leis infraconstitucionais delimitadoras dos marcos regulatórios da economia nacional.

²⁰ VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 9 e 11.

²¹ Mundo pós-bipolar significa o mundo do tempo presente, que surgiu com o fim da Guerra Fria e da bipolaridade geopolítica entre os EUA e a ex-URSS, daí a designação de mundo pós-bipolar.

Nem sempre tais modificações constitucionais e leis infraconstitucionais são feitas em prol do desenvolvimento nacional, ao revés, na grande maioria das vezes, são feitas para atender interesses geopolíticos externos. A principal consequência disso é o abandono dos hipossuficientes, aliás, diga-se, *en passant*, vítimas principais dessa inexistência de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional.

É preciso, pois, galgar patamar científico mais elevado para olhar com olhos de ver a matriz de impactos cruzados que informa a relação entre a geopolítica mundial e o direito constitucional interno, daí a relevância da consolidação de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional. Nesse sentido, muitas vezes, nem mesmo países, como o Brasil, com latitude geopolítica de contribuir para a consolidação de uma ordem geopolítica multipolar, conseguem perceber ou enfrentar tais imposições externas. Tudo isso demonstra a complexidade do cenário jurídico-constitucional do Estado pós-moderno, bem como o papel preeminente do neoconstitucionalismo, que se vê impelido a enfrentar o fenômeno da judicialização da geopolítica.

Independentemente da aceitação ou não do fim da Guerra Fria como marco inicial para o Estado pós-moderno, o fato é que a queda do muro de Berlim gerou grandes transformações jurídicas no Estado Contemporâneo. Em nenhum dos três grandes paradigmas estatais da modernidade (Estado Absoluto-Estado Liberal e Estado Social), viveu-se a perspectiva de um cenário internacional unipolar, tal qual a tão propalada *Pax Americana* dos dias de hoje. A doutrina jurídica não costuma investigar os elementos teóricos que informam essa perspectiva de unipolarismo geopolítico mundial e seus reflexos no campo jurídico-constitucional.

Na doutrina pátria, um dos poucos autores que enfrentou o tema foi Daniel Sarmiento, e, mesmo assim de forma perfunctória, valendo, pois, reproduzir seu entendimento, *verbis*:

O colapso do comunismo, simbolizado pela queda do muro de Berlim, eliminou uma das ideologias rivais que se defrontavam e disputavam espaço num mundo até então bipolar. Com o fracasso retumbante da experiência marxista-leninista e o advento da *Pax Americana*, o capitalismo ficou mais a vontade para impor, agora sem concessões, o seu modelo econômico e social, que constituiria, segundo alguns, o 'fim da história'. Como se o fiasco do socialismo pudesse ofuscar os problemas crônicos do capitalismo, em especial a sua tendência para promover a desigualdade e aprofundar a exclusão social.²²

²² SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social-(pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). *Crises e desafios da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro, 2002, p. 399.

Com a devida vênia, acreditamos que o eminente jurista se equivoca quanto ao conceito de *pax americana* ao identificá-la com o fim da história de Francis Fukuyama e, portanto, com a ideia de triunfo do capitalismo sobre o socialismo. com rigor, a ideia de *pax americana* é um conceito geopolítico, cujo significado é a imposição de um cenário internacional unipolar com predominância cêntrica norte-americana em todos os campos do poder nacional (político, econômico, militar, cultural e científico-tecnológico).

Na verdade, por ser a única superpotência ainda remanescente, acredita-se que estamos vivendo sob os auspícios dessa *pax americana*. No entanto, a nosso juízo, acreditamos que tal interpretação é errônea, na medida em que os EUA não têm capital geopolítico suficiente para impor um cenário internacional unipolar, vale dizer, um quadro mundial onde não haja reação política, econômica, militar, cultural e tecnológica por parte das demais nações do mundo. O estabelecimento da *pax americana* seria sinônimo da natural envergadura dos EUA para reger unilateralmente as relações internacionais, o que evidentemente não parece ser verdadeiro.²³

Com a devida vênia, definitivamente, não podemos concordar com a ideia de que o estado pós-moderno é uma nova concepção estatal regida pela supremacia absoluta de uma *pax americana*; preferimos optar pela construção acadêmica de que o Estado pós-moderno é, ao mesmo tempo, economicamente quadripolar (Estados Unidos, União Europeia, Japão e China), culturalmente multipolar (choque de civilizações huntingtoniano) e militarmente unipolar (supremacia norte-americana indiscutível).

Observe, com atenção, que, diante de todo esse quadro conjuntural, sofisticada-se a tarefa do jurista contemporâneo, uma vez que não lhe é mais facultado desconsiderar variáveis metajurídicas (inclusive geopolíticas e estratégicas) na complexa equação dogmática do direito contemporâneo. Seu campo de atuação transcende a esfera do jurídico e da letra da lei, para penetrar na esfera multidisciplinar circunscrita da *força normativa da geopolítica mundial*. Não lhe é dado mais permanecer alheio aos fatos geopoliticamente relevantes no mundo globalizado. Enfim, o controle geopolítico do direito suscita reflexão sobre a formação dos juristas nos dias de hoje, levantando-se a questão das limitações da formação jurídica no que diz respeito a assuntos metajurídicos e, em especial, assuntos geopolíticos e econômicos.

²³ Com efeito, reconhecer a *pax americana* significa concordar com a supremacia norte-americana em todos os campos do poder nacional. Muito embora se reconheça a possibilidade dessa regência unilateral do mundo, entendemos que é possível negar tal estado de coisas, com vistas a perquirir horizontes, possíveis e críveis, em que haja espaço nas relações internacionais entre os Estados nacionais e blocos econômicos, de sorte que o Brasil possa se beneficiar e por via de consequência assumir o lugar que lhe é devido no cenário geopolítico mundial.

De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição, quando é melancólico constatar que o arcabouço institucional brasileiro pós-1988 não tem capacidade de articular um plano estratégico genuinamente brasileiro que efetivamente promova a consecução dos direitos fundamentais de segunda dimensão. De que adianta comemorar-se a força normativa da Constituição, quando se compreende que a práxis política nacional se dá mediante a mobilização de atores viciados, particularmente o investidor internacional, a burguesia nacional, além de alianças dissimuladas; tudo movido pela lógica do mercado e não por planejamentos estratégicos de longo prazo.

Enfim, é preciso harmonizar estudos jurídicos e geopolíticos desvencilhados de determinismos, positivismos e pré-julgamentos, compreendendo-se sua interdisciplinaridade e sobretudo sem preocupações de exaltação patriótica. Trata-se de conhecer a realidade do mundo dos fatos, abrindo-se o debate para a questão da influência recíproca entre direito e geopolítica.²⁴

Conclusão

O presente trabalho almejou analisar as características do Estado pós-moderno e do neoconstitucionalismo, com o intuito de desvelar o controle geopolítico do direito a partir da influência da geopolítica neoliberal sobre o constitucionalismo dos países de modernidade tardia. Destarte, em um primeiro momento, investigou-se a necessidade de que a Constituição seja vislumbrada sob a ótica de mais uma dimensão, qual seja a dimensão estratégica.

Neste diapasão, enfatizou-se uma imagem incomum no âmbito da teoria da Constituição e que é aquela que mostra as conexões entre a geopolítica e o direito (geodireito). Com efeito, vive-se um cenário que é, a um só tempo, geopoliticamente pós-bipolar, filosoficamente pós-moderno e juridicamente pós-positivo.

Portanto, ao juiz/jurista do século XXI já não mais lhe é dado permanecer alheio a variáveis metajurídicas que influenciam largamente a atualização constitucional do Estado de Direito dos países de modernidade tardia. Não há como negar que o direito constitucional hodierno perpassa por uma das fases mais delicadas de sua evolução, em que se constata com maior clareza

²⁴ O Brasil, em setembro de 2007, ratificou, no âmbito da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos dos Indígenas. Votaram contra a Declaração em comento, Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália. Esse instrumento multilateral acolheu a cláusula do direito à terra, ficando vedada toda e qualquer ação em terras indígenas sem seu consentimento prévio, aí incluídas as operações com fins militares e a utilização como depósito de resíduos tóxicos.

o fenômeno do controle geopolítico do direito e, na sua esteira, os riscos de neutralização axiológica e de perda da força normativa da Constituição dirigente.

Na verdade, a concretização dos direitos fundamentais no Estado pós-moderno é função de uma normatividade cambiante que faz flutuar a proteção dos direitos fundamentais do cidadão comum. Com rigor, tudo fica na dependência da consciência social e jurídica de magistrados progressistas que buscam desenvolver o direito constitucional, atribuindo força normativa aos princípios, fazendo valer aquele entendimento larenziano de Direito superador da lei, ou seja, direito além da lei (*extra legem*), porém, dentro do ordenamento jurídico (*intra jus*). É por isso que este trabalho acadêmico procurou *ab initio usque ad mais* desenvolver a ideia de uma hermenêutica do desenvolvimento nacional, um modelo exegético pós-positivo capaz de harmonizar o Estado Liberal de Direito (primeira dimensão de direitos) com o Estado Democrático Social de Direito (segunda dimensão de direitos).

Pela sistematização engendrada, foi possível demonstrar que o neoconstitucionalismo e sua preocupação de consolidar cada vez mais a força normativa dos princípios constitucionais é o grande caminho a trilhar na consecução dos direitos fundamentais de segunda dimensão. A nosso juízo, o estadista/legislador pátrio tem que repensar um novo paradigma estatal, considerando agora novas formas de relações internacionais e novas fórmulas de interpretação da Constituição (neoconstitucionalismo). A solução vislumbrada terá que privilegiar a igualdade de oportunidades para todos os cidadãos brasileiros.

Deitado em berço esplêndido, o gigante brasileiro se submete a pressões externas que só fazem agravar a exclusão social no nosso País. Urge, pois, ao Brasil afastar postura geopolítica submissa e recuperar o tempo perdido. Nesse passo, importa ganhar a visão superior de que a Constituição tem a função de moldar a vida nacional e não apenas regulá-la. Sob a ótica do geodireito, o significado da Constituição não se esgota na mera perspectiva de ser a *norma jurídica superior* do Estado, desprovida de qualquer conteúdo ético-social, como aliás quer a ordem política neoliberal.

Ao revés, a Constituição é dinâmica e aberta e deve servir de fundamento material para a elaboração das políticas públicas dentro do Estado Constitucional de Direito. Há que se compreender que a Constituição e a Estratégia Nacional - enquanto definidora das políticas públicas - são faces de uma mesma moeda.

Com essas considerações encerra-se este trabalho acadêmico, salientando-se que, na era do geodireito, estratégia nacional e direito constitucional devem estar lado a lado na garantia dos direitos fundamentais do cidadão comum e na defesa da soberania estatal; definitivamente, não convém embarcar na onda da desconstrução do Estado nacional, que a matriz liberal pré-weimariana tenta exportar com a força do triunfo capitalista sobre o socialismo a partir do colapso soviético.

É preciso perseverar e perseverar. Ou o direito constitucional combate o controle geopolítico do direito, ou então se confirmam as fúnebres previsões de teorias geopolíticas que sempre inferiorizam nosso País em relação aos centros mundiais de poder.

Referências

- BOBBITT, Philip. **A guerra e a paz na história moderna. O impacto dos grandes conflitos e da política na formação das nações.** Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- BOSON, Gerson de Britto Mello. **A constitucionalização do direito internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- BRASIL. Escola Superior de Guerra. **Manual Básico.** Volume I. Elementos doutrinários. Rio de Janeiro, 2008.
- BRZEZINSKI, Zbigniew. *Second chance: three presidents and the crisis of american superpower.* New York: Basic Books, 2007.
- BULL, Hedley. **A sociedade anárquica.** Brasília/São Paulo: UnB/Ipri/Impr.Oficial do Estado, 2002.
- COURA, Alexandre Castro, PAULA, Quenya Correa de. Ativismo judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. *In: Revista Brasileira de Estudos Políticos*, vol.116, jan./jun. 2018. Belo Horizonte: RBEP/UFMG, 2018.
- CHOMSKY, Noam. **11 de setembro.** Tradução Luiz Antonio Aguiar. 6ª ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2002.
- CHOMSKY, Noam. **Contendo a democracia.** Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2003.
- FIORI, José Luís. **O poder global e a nova geopolítica das nações.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2007.
- FIORI, José Luís. **O mito do colapso do poder americano.** Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.
- FRIEDMAN, Thomas. **O mundo é plano: uma breve história do século XXI.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- FUKUYAMA, Francis. **O fim da história.** Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.
- HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição.** Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- HUNTINGTON, Samuel. **O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial.** Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

- IRTI, Natalino. *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- _____. **Geodireito**. Tradução de Alfredo Copetti Neto e André Karan Trindade. Conferência sobre biodireito e geodireito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- KANT, Immanuel. **À paz perpétua**. Porto Alegre: L&PM, 1989.
- KISSINGER, Henry. *American Foreign Policy*, 2. ed., Norton, Nova York, 1977.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos fundamentais**. São Paulo: Ed. Companhia das letras, 1991.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Curso de direito internacional público**, vol. I, 12ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. **Direito Constitucional Internacional: uma introdução**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MORGENTHAU, Hans. *Politics among nations. The struggle for power and peace*. New York, Alfred A. Knopf, Inc, fifth edition, 1948.
- MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. Formação do império americano: da guerra contra a Espanha à guerra no Iraque. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- OCAMPO, Raúl Granillo. **Direito internacional público da integração**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- PARET, Peter. *Makers of modern strategy: from Machiavelli to the nuclear age*. New Jersey: Princeton University Press, 1986.
- PECEQUILO, Cristina Soreanu. **Introdução às relações internacionais. Temas, atores e visões**. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.
- RAMONET, Ignácio. **A geopolítica do caos**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.
- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (pós-modernidade constitucional?). In: FERRAZ Jr., Tércio Sampaio (Coord.). **Crises e desafios da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro, 2002.
- TUATHAIL, Gearóid Ó. *Critical geopolitics. The politics of writing global space*. Bordelinas, volume 6: Minnesota, 1996.
- VIANNA, Luiz Werneck [et al.]. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- WALLERSTEIN, Immanuel. **Após o liberalismo**. Petrópolis: Vozes, 2002.

Evolução do sistema eleitoral e dos partidos políticos no Brasil

Horácio Monteschio¹

Resumo

O presente trabalho tem por escopo a apresentação de um resumo envolvendo a sistemática eleitoral no Brasil, com os seus casuísmos implícitos e explícitos os quais de alguma forma acabaram por comprometer a real intenção dos eleitores e por via de consequência a sua representatividade. Todavia, a prática de atos que macularam as primeiras eleições no Brasil tem um fator relevante de aprimoramento do sistema e das instituições. No mesmo sentido, as agremiações políticas no Brasil, denominadas de partidos políticos trilharam o mesmo caminho envolvendo a sistema eleitoral servindo de amálgama para legitimar a maioria política da época em detrimento dos eleitores. Por finalmente, nenhum sistema político eleitoral é imune a defeito e está a merecer aperfeiçoamentos, razão pela qual a jovem e exuberante democracia brasileira está a se desenvolver.

Palavras-chave: Sistema eleitoral brasileiro; partidos políticos no Brasil; democracia participativa.

Abstract

This paper aims to present a summary involving the electoral system in Brazil, with its implicit and explicit casuisms that somehow end up compromising the real intention of the voters and, consequently, their representativeness. However, the practice of acts that tarnished the first elections in Brazil has a relevant factor to improve the system and institutions. In the same sense, the political associations in Brazil, denominated political parties, followed the same path involving the electoral system, serving as an amalgam to legitimize the political majority of the time to the detriment of voters. Finally, no electoral political system is immune to defect and is deserving improvements, which is why young and exuberant Brazilian democracy is developing.

Keywords: Brazilian electoral system; political parties in Brazil; participatory democracy.

¹ Pós doutorando pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade – UNICESUMAR. Professor de Direito Administrativo e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor do UNICESUMAR – Curitiba. Especialista em Direito Imobiliário e Direito Processual Civil pela EPD; Processo Civil e Direito Público, pelo Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos; Direito Tributário, pela UFSC; Direito Administrativo, pelo IRFB; Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Integrante da Comissão de Direito Eleitoral da OAB/PR desde 2006. Advogado. ex-Secretário de Estado da Indústria e Comércio e Assuntos do Mercosul do Estado do Paraná, ex-Secretário Municipal para Assuntos Metropolitanos de Curitiba.

1. Sistema eleitoral brasileiro

Como termo inicial, cabe consignar que após o descobrimento da “Terra de Santa Cruz”, com a chegada dos portugueses, a metrópole tinha restrito interesse em estabelecer maiores controles sobre o território, ficando evidente que o seu escopo principal era o extrativismo.

Em momento posterior, foram concedidos poderes ao denominado “governador-geral”, figura que representava o rei no território brasileiro, assim descrito por Raymundo Faoro:

A administração metropolitana se conjuga à colônia, no seu elo principal, com o governador-geral (vice-rei desde 1640, título que se tornou definitivo e de uso corrente somente depois de 1720). O governador-geral dispõe de poderes escritos de grande profundidade e alcance, embora não logre subjugar as capitanias e os focos de autoridade local, as câmaras em comando vertical e completo. A transferência definitiva do governo para o sul, com sede no Rio de Janeiro (1763), completa um ciclo de domínio, muitas vezes, contestado, desde as resistências iniciais de Duarte Coelho até às rebeldias frustradas dos poderes locais, como base nos municípios e nas Capitanias.²

Mas vale ressaltar, no aspecto histórico retratado, o fato de que os nativos locais não foram tão dóceis diante dos colonizadores como alguns livros de história assim retratam, sendo evidente que somente foram cedendo diante das debilidades ocasionadas pelas doenças que lhes eram transmitidas pelos portugueses, bem como diante da iminente escravização. De outro lado, já avançando na história no século XVII, cresceram os conflitos diante da centralização de poderes impostos pela metrópole, assim descrita por Carlos Guilherme Mota e Adriana Lopez:

Durante o século XVII, tais conflitos tornaram-se generalizados, atingindo a todos os setores da sociedade colonial. Além disso, as mudanças administrativas introduzidas pela Coroa, visando centralizar e controlar mais de perto a colônia americana, provocaram disputas entre colonos e funcionários do governo, entre colonos e jesuítas, e entre senhores de engenho e comerciantes.³

² FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Rio de Janeiro: Globo, 1987, p. 182.

³ MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. São Paulo: 34, 2015, p. 157.

Diante do avanço da colonização portuguesa no Brasil, bem como dos ideários estabelecidos em momentos próximos à Revolução Francesa, os partidos políticos assumiram contornos similares aos praticados no continente europeu. Por consequência, passou-se a exigir o estabelecimento, por igual, de formulações legislativas pertinentes ao sistema político. Como já referido acima, há uma acentuada presença de privilégios e prerrogativas concedidas aos controladores do poder político.

Nesse contexto histórico, prepondera os poderes de intervenção direta dos governadores locais, inclusive na identificação pessoal do eleitor e no fato de que o voto não era secreto. Aliado a isso, a existência do sufrágio censitário, assim conceituado por José Afonso da Silva:

Sufrágio censitário. Concede-se apenas ao indivíduo que preencha determinada qualificação econômica: posse de bens imóveis, de determinada renda ou pagamento de certa importância de imposto direto. Assim, por exemplo, estavam excluídos de votar nas eleições dos deputados e senadores do império os que não tivessem renda líquida anual de 200 mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego, e não eram elegíveis para deputados que não tivesse renda líquida de pelos menos 400 mil réis, que era uma fortuna razoável para a época. As Constituições de 1891 (art. 70, § 1º, item 1º) e de 1934 (art. 108, parágrafo único, “c”) excluíam os mendigos do direito de sufrágio – que revela aspecto censitário.⁴

Para formular uma breve consideração sobre o sistema legal eleitoral brasileiro, faz-se necessário citar eventos históricos, os quais, diante das previsões constitucionais vigentes às suas respectivas épocas, passam a compor o sistema eleitoral pátrio.

Sob a vigência da primeira Constituição no Brasil, outorgada em 1824, imposta pelo Imperador D. Pedro I, os poderes eram divididos em quatro, prevalecendo à vontade do monarca, que controlava o poder moderador, que lhe atribuía prerrogativas de subjugar os outros dois poderes.

A presença do Poder Moderador encontra-se tão bem aceita, por parte do “chefe do poder Executivo” que, até hoje no Brasil, seus contornos estão presentes, ainda que de forma camuflada, em razão da excessiva concentração de poderes em suas mãos presidenciais.

Por outro lado, eleições diretas no Brasil somente têm seu primeiro registro no final do Império, com o advento da Lei Saraiva, de 9 de janeiro de 1881. As eleições não eram propriamente ditas como diretas, pelo fato de ainda vigorar o voto censitário e não se admitir o voto feminino, no que só

⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 218.

podia votar nas eleições primárias o brasileiro com renda líquida anual de 100 mil-réis em bens imóveis, de indústria, comércio ou emprego; também não tinha direito de voto nessas Assembleias Paroquiais: os menores de 25 anos (salvo se fossem casados, oficiais militares acima de 21 anos, ou diplomados em escola superior e os clérigos de ordens sacras, os filhos de famílias que estivessem na companhia de seus pais, salvo se fossem oficiais públicos) – a justificativa era que eles tinham sua vontade dependente da dos pais; os criados de servir (salvo os guarda-livros, caixeiros de casas comerciais e os criados da Casa Imperial que fossem de galão branco); os religiosos e membros de comunidades claustrais. Quem pudesse votar nessas eleições poderia também ser eleitor, isto é, poderia ser escolhido para votar nas eleições de segundo grau, desde que fosse também titular de renda líquida anual de 200 mil-réis em bens imóveis, de indústria, comércio ou emprego, não fosse liberto nem criminoso. Finalmente, não eram elegíveis deputados os que não tivessem renda líquida de 400 mil-réis. Observa-se, no entanto, que, na prática, essas condições econômicas eram insignificantes, que só mendigo, vadio ou inutilizado não possuía tal rendimento anual.⁵

Mas é igualmente certo que se reconhecia, então – e até um constitucionalista lúcido como Pimenta Bueno –, que o voto universal era uma utopia e “reduz sem dúvida os cidadãos a simples cifras, sem atenção às condições de inteligência e da propriedade.”⁶

Sob a vigência da Constituição de 1891, os partidos políticos eram estadualizados e não expressavam a vontade nacional. Não possuíam qualquer espécie de programa, tampouco possuíam uma atuação permanente. Nesse sentido, cabe ressaltar as afirmações formuladas por Paulo Bonavides e Paes de Andrade ao comentar a história constitucional no Brasil:

O partido político da primeira República não tinha tampouco dimensão nacional, nem a força, nem a representatividade que tiveram os conservadores e liberais do Império, cuja mensagem pelo menos alcançava indistintamente as elites do país e em seu nome alçavam ao poder. Quadros fragmentários de um sistema de bases locais e oligárquicas, essas organizações frágeis, inconstantes e esparsas que formavam o sistema partidário da Primeira República, só tinham força para sustentar o *status quo* dos privilégios políticos da sociedade patriarcal. Restando indiferentes às massas rurais e urbanas espoliadas pelo colonialismo interno que as mantinha na semiescavidão, sem nenhum peso de ingerência política, portanto sempre marginalizadas do poder.⁷

⁵ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 221.

⁶ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, p. 190.

⁷ BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. Brasília: OAB, 2006, p. 264.

É nesse quadro de apatia democrática, vinculado às proeminências locais, que o sistema político brasileiro passou por largo espaço de tempo na sua história.

O sistema distrital de eleição majoritário, que vigorou no Brasil até a década de 1930, sendo substituído pelo sistema proporcional, foi assim descrito por Welber Agra:

Não existe mágica jurídica para melhorar a qualidade da representação política. As imperfeições decorrentes do sistema político brasileiro vão persistir tanto em um sistema eleitoral quanto no outro. Enquanto prevalecer o predomínio do poder econômico, a falta de consciência política da população e a ostensiva influência da mídia, não existirá sistema político que possa aperfeiçoar a nossa democracia. Mesmo porque até 1932 prevaleceu o sistema distrital majoritário, vigorando por quase setenta anos, sem alcançar os objetivos pretendidos. Ele foi criado pelo Decreto 842, conhecido como Lei dos Círculos, dividindo as províncias em distritos, estabelecendo a eleição de um membro por distrito. O sistema proporcional só foi criado após a Revolução de Trinta.⁸

Vinculado aos aspectos históricos, em 24 de fevereiro de 1932, o Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil edita o primeiro Código Eleitoral brasileiro através do Decreto nº 21.076. A referida codificação entra em vigor em período político conturbado em nosso país em razão da revolução constitucionalista de 1932, também conhecida como “Guerra Paulista”.

Dentro das inovações consagradas pelo Código Eleitoral de 1932, destaca-se a criação da Justiça Eleitoral, a possibilidade do voto feminino, a representação proporcional, o voto secreto e um pequeno elenco das inelegibilidades.

A passos largos, o Brasil caminha para o ideal democrático almejado, com maior participação política dos cidadãos brasileiros e o estabelecimento de mandato presidencial por 4 anos.

Dois anos após a entrada em vigor do Código Eleitoral brasileiro, a Constituição de 1934, extremamente influenciada pela Constituição Alemã de Weimar de 1919, passou a estabelecer o voto universal, secreto e incluiu o direito às mulheres de participarem das eleições.

Por sua vez, em 4 de maio de 1935, entra em vigor a Lei nº 48, a qual impõe alterações ao Código Eleitoral. Como o próprio texto legal estabelece em

⁸ AGRA, Welber de Moura. *Temas Polêmicos do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 56.

sua redação, não se trata de um novo Código Eleitoral, mas sim de modificações pontuais, mantendo a regulamentação das eleições federais, estaduais e municipais.

Como garantia estava preservada a segurança do voto secreto e da representação proporcional para o legislativo.

Esse diploma legal passou a regulamentar, por sua vez, as Juntas Eleitorais para apuração das eleições municipais, como órgãos da Justiça Eleitoral. Uma de suas principais inovações foi a concessão de competência criminal aos juízes eleitorais em matérias correlatas. Sendo assim, é importante destacar a doutrina de Bonifácio Andrada sobre a composição partidária existente sobre a vigência da Lei nº 48 de 1935:

No Brasil, durante os episódios da Independência, já se constatavam facções atuantes. Durante o Império tivemos o Partido liberal e o Conservador, ambos nacionais, e na Primeira República, os partidos republicanos regionais. Após 1934 tornaram-se efêmeros, morrendo, com o golpe de 1937, quando foram dissolvidos.

A partir de 1946, tanto a antiga UDN como o PSD e o PTB representavam no seu comportamento o tipo de boa articulação dos órgãos de comando com os conclaves partidários de base.⁹

O segundo Código Eleitoral brasileiro é instituído pela Lei nº 1.164, de 24 de julho de 1950, a qual teve por fundamento uma nova Constituição, a de 1946. Tal texto eleitoral não recebeu, em seus preceitos normativos, os efetivos reflexos políticos do pós II Guerra Mundial. Sob a vigência desse Código e diante da pertinência sobre o tema, cabe ressaltar a doutrina de Joel José Candido:

No Código Eleitoral de 1950, editada sob vigência da Constituição Federal de 1946, o sufrágio e o voto eram, como hoje, universais e diretos, obrigatórios e secretos; havia o sistema proporcional e majoritário; as Juntas Especiais passam a ser Juntas Eleitorais, com competência para apurar as eleições realizadas nas zonas eleitorais sob sua jurisdição; o eleitor tinha que requerer o alistamento, não se procedendo mais de ofício; dedicou, pela primeira vez, capítulo próprio para a propaganda partidária, restringindo ou garantindo seu exercício; deu aos juízes eleitorais competência plena em matéria criminal eleitoral, ressaltando apenas a competência originária dos tribunais; extinguiu o capítulo próprio do Ministério Público e dele só dispôs de modo ocasional e assistemático; autorizou a aplicação subsidiária e supletiva do Código de Processo Penal, mas silenciou em relação ao Código Penal.¹⁰

⁹ ANDRADA, Bonifácio de. *Ciência política: ciência do poder*. São Paulo: LTr, 1998, p. 41.

¹⁰ CÂNDIDO, Joel José. *Direito Eleitoral Brasileiro*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 35.

Finalmente, em relação à edição de legislação codificada na seara eleitoral, registre-se a edição do vigente Código Eleitoral brasileiro, consubstanciado na Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965.

É imprescindível e lamentável destacar o fato de que, ao vigente Código Eleitoral brasileiro, reduzidos números de matérias ficaram a ele reservadas. Há incontestavelmente um desprestígio a essa legislação, diante da presença de leis especiais as quais vêm a disciplinar a relação eleitoral no Brasil.

Ademais, mesmo diante da vigência da legislação eleitoral codificada, o que efetivamente norteou a vida política brasileira foi a imposição reiterada de legislações extravagantes. Essas, por sua vez, como é comum nas legislações não democráticas, violaram direitos e garantias individuais e políticas dos cidadãos, destacando a edição do Ato Institucional nº 2, destacado por Marcos Ranayama:

Relembre-se a edição do Ato Institucional nº 02, de 27 de outubro de 1965, que no art. 18 declarou a extinção dos partidos políticos, tais como: UDN, PTB, PSD, PCB e outros, instituindo no Brasil apenas dois partidos, ou seja, a Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB). O MDB convergia a oposição ao governo, que era a ARENA.¹¹

É oportuno lembrar, nesse contexto histórico, a presença de outro diploma legal, que recebeu a denominação de “Lei Falcão” Lei nº 6.339/76, a qual presta uma “homenagem” ao seu autor intelectual, o então Ministro da Justiça, Armando Falcão.

Pelo texto da Lei “Armando Falcão”, passou a ter vigência a regra casuística em relação às propagandas eleitorais transmitidas por televisão e rádio no território brasileiro. O tema nuclear do citado diploma normativo fixou-se em vedar os candidatos, de quaisquer partidos, de apresentarem as suas propostas, restringindo-se a breves dados sobre sua trajetória de vida.

A justificativa para a entrada em vigor da Lei nº 6.339/76 (Lei Armando Falcão), estava a *mens legis* de conferir a todos os candidatos indistintamente a igualdade plena no pleito eleitoral e que não haveria qualquer concessão de privilégios ou mesmo favoritismos aos disputantes do pleito eleitoral. Mas, na verdade, a citada lei tinha claro e específico interesse em frear as demonstrações de preferência apresentadas pelos eleitores aos candidatos do partido de oposição ao regime militar, o MDB.

¹¹ RANAYANA, Marcos. *Resumo de direito eleitoral*. Niterói: Impetus, 2008, p. 118.

Chega-se então à nova era democrática brasileira, com a promulgação da Constituição de 1988, que traz em seu bojo as garantias aos direitos fundamentais, agasalhados de forma pétrea, consagrados no art. 60, § 4º, da Constituição Federal. Estabeleceu ampla liberdade política e restabeleceu o equilíbrio entre os poderes da República.

Na mesma linha de pensamento, as cláusulas pétreas, em sua essência, não vedam nem de forma explícita ou mesmo implícita a possibilidade de inserção no texto constitucional de instituto de aperfeiçoamento da representação política.

O texto constitucional de 1988 estabelece a obrigatoriedade do alistamento eleitoral, entendido como capacidade eleitoral ativa, “que se traduz no direito de votar, o mais importante exercício de cidadania, pois implica o poder que tem o alistado de influir na formação do governo,”¹² para os maiores de dezoito anos, estabelecendo a facultatividade para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. De outro lado, não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

Caracterizando-se como direitos eleitorais passivos, entendidos como “o rol de disposições constitucionais que impõe óbice ao direito de participação no processo político (sufrágio ativo ou passivo) e ao direito de alcance das funções públicas.”¹³ Destarte, o texto constitucional traz em seu cerne as condições de elegibilidade à nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição e a filiação partidária.

Por seu turno, o mesmo texto constitucional fixa o critério etário, estabelecendo uma idade mínima para ser exercido o direito passivo de ser votado, qual seja, trinta e cinco anos para Presidente, Vice-Presidente da República e Senador; trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito e, Vice-Prefeito e, dezoito anos para Vereador, estabelecendo, ainda, como sendo inelegíveis os inalistáveis e os analfabetos. A vedação em relação aos analfabetos pode ser entendida como “voto capacitário” no sistema eleitoral brasileiro, assim conceituado na doutrina de José Afonso da Silva, o qual exige que o candidato possua certo grau de instrução, ainda que mínimo:

¹² CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do direito eleitoral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 1.

¹³ SOBREIRO NETO, Armando Antônio. *Direito eleitoral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 41.

Sufrágio capacitário baseia-se em capacitações especiais, notadamente de natureza intelectual. Dá-se, assim, o direito de voto apenas àqueles que possuem certo grau de instrução. A exigência de que o eleitor seja alfabetizado, por exemplo, constitui um mínimo de sufrágio capacitário, que a Constituição de 1988 repeliu, conferindo direito de sufrágio aos analfabetos, que têm votado sem problema algum. Mas, no seu rigor, acentua-se o sufrágio capacitário conceituando-se a exigência do indivíduo para ser eleitor ou para votar em alguma eleição, a posse de determinado grau de instrução.¹⁴

Dentro da excessiva intervenção estatal que caracteriza a matéria eleitoral no Brasil, cabe destacar a processada no interior da Lei Complementar nº 64/90, a qual

Estabelece as situações em que ficam configurados os casos de inelegibilidade, restringindo o direito passivo de ser votado a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou do abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.¹⁵

Tal legislação recebeu forte inovação com a redação que lhe acrescentou vários dispositivos por intermédio da Lei Complementar nº 135, denominada “Lei da Ficha Limpa”, de 4 de junho de 2010.

Os avanços e retrocessos do processo eleitoral brasileiro, como dito, compõem sua essência assim a exemplo da Emenda Constitucional nº 16/97. De questionável relevância, a referida Emenda Constitucional introduziu, no regime político representativo brasileiro, a possibilidade de reeleição para os cargos do Poder Executivo, até então inexistente.

Por essa inovação constitucional, que possui na sua origem o vício de beneficiar o então Presidente da República, na prática, causa saliente distorção no processo político pátrio, consubstanciada na prerrogativa concedida ao Presidente da República, aos governadores de Estado e do Distrito Federal e aos prefeitos municipais de disputarem um novo pleito.

O que macula o regime da reeleição no Brasil encontra-se fundamentado no fato de que não há qualquer restrição para o uso da “máquina administrativa”, tampouco existe uma exigência de afastamento do cargo para a disputa

¹⁴ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 219.

¹⁵ MONTESCHIO, HORÁCIO. *Política Brasileira - A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos*. Curitiba, Juruá, 2018. p. 168.

eleitoral. Tais liberdades acabam por desequilibrar um certame, o qual deve ser equânime a todos os candidatos, ainda mais com as elevadas prerrogativas assentadas nas mãos dos ocupantes dos citados cargos políticos.

2. História dos partidos políticos no Brasil e sua representação popular

A concepção de partido político no Brasil era entendida como facção, ou com a conotação de sentido pejorativo. Na imprensa existente no Brasil em período que antecede a proclamação da independência, já haviam relatos de que os partidos separatistas ou facciosos.

No Brasil preponderava o regime escravocrata, do latifúndio agrícola, os quais estavam a impor severo atraso político em relação ao continente europeu, assim consignado por Afonso Arinos de Melo Franco:

O trabalho servil, que o grande José Bonifácio já sonhara abolir, mas cuja existência estava ligada à base econômica e à técnica da sua exploração; o sufrágio limitado pelo “status” social; a restrição à liberdade de consciência, instituindo a religião oficial do Estado e obrigando aos deputados a prática da mesma religião; e tantos outros elementos componentes da nossa organização política eram retrógrados, em relação às doutrinas mais avançadas. Não nos esqueçamos, porém, de que alguma destas doutrinas não encontraram aplicação, mesmo nos países mais progressista, senão bem depois da outorga da Carta imperial.¹⁶

Com a Proclamação da Independência em 7 de setembro de 1822, surge um governo imperial local, no qual se destacam a presença de uma corrente liberal e outra conservadora, sendo que aos primeiros assistia a pretensão de uma nova Constituição a qual não fosse outorgada, mas sim promulgada com a participação popular, que houvesse maior liberdade às províncias, que o Senado tivesse permanência temporária, que o Poder Moderador fosse usado com maior acuidade. Por outro lado, os conservadores pregavam a higidez do texto constitucional formulado pelo imperador e que lhe assegurava prerrogativas de subjugar o parlamento.

O Brasil passa por uma transformação vigorosa diante de tais eventos e outros que o sucederiam. A abertura dos portos incrementou as atividades comerciais. Por conseguinte, uma nova classe social passou a aqui residir e se constituir, a qual tentou ignorar e afrontar os “poderes locais”.

¹⁶ FRANCO, Afonso Arinos de Melo. *História e teoria dos partidos políticos no Brasil*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1974, p. 24.

Por sua vez, cabe lembrar o fato de que na Europa, somente a partir do século XVII, constam os primeiros registros dos primeiros relatos sobre os questionamentos sobre as vantagens e desvantagens dos regimes absolutistas, que tinham predomínio na Europa, formulados por intermédio de agrupamento organizado de pessoas.

Movimentos intelectuais, com ideias oriundas do continente europeu, tais como: o liberalismo, o parlamentarismo, o constitucionalismo, a democracia, entre outros temas, passaram a permear os pensamentos por estes lados do Atlântico.

Com a Proclamação da República, a Monarquia brasileira necessitava se adequar aos movimentos políticos europeus e para tanto tratou logo de convocar uma Assembleia Nacional para que elaborasse uma Constituição ao Brasil.

Não tardou a ocorrência de divergências entre o imperador e os constituintes, a tal ponto que a Assembleia Nacional acabou por ser dissolvida. Mas a exigência constitucional ainda estava presente entre nós a ponto de, no prazo de 3 meses, o monarca veio a outorgar nossa primeira e mais longeva Constituição brasileira.

O texto constitucional do Império, de 25 de março de 1824, em seu art. 90, descrevia a possibilidade de que Deputados e Senadores que iriam compor a Assembleia-Geral (Câmara dos Deputados e Senadores) dos conselhos-gerais das províncias serem eleitos de forma indireta, assim descrito por José Afonso da Silva:

Tínhamos assim, uma *eleição primária*, pela qual a massa dos cidadãos (chamados “votantes”), reunida, em Assembleias Paroquiais (tipo de Distritos Eleitorais), escolhia os eleitores de Províncias, e uma *eleição secundária* (segundo grau), para qual os eleitores de Província escolhiam os representantes da Nação (deputados e senadores) e da província (membros dos Conselhos-Gerais provinciais até o advento do Ato Adicional de 12.8.1834; daí por diante, as Assembleias Legislativas provinciais).¹⁷

É durante esse período, especificamente no ano de 1847, que se tem a instituição do “parlamentarismo às avessas” no Brasil, ou seja, instala-se no Brasil uma monarquia parlamentarista, com inspiração britânica, mas em uma posição “invertida”, pois, continuavam todos os poderes concentrados nas mãos de D. Pedro II, a exemplo do poder moderador.

O Segundo Reinado ou Segundo Império, período compreendido entre 23 de julho de 1840 e 15 de novembro de 1889, que se encerra

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 220.

com a Proclamação da República brasileira, é marcado pela presença, no Brasil, de dois partidos políticos. Desta forma, não é possível assegurar peremptoriamente a presença de agremiações políticas em solo brasileiro antes desse lapso temporal. Esse panorama histórico passa a ser alterado no ano de 1837, quando se formaram duas agremiações, a dos Conservadores, chamada Partido Conservador (saquaremas) e a dos Liberais, chamada Partido Liberal (luzias).

Com as inovações produzidas no continente europeu no século XIX, tardou aproximadamente 100 anos para a “nossa revolução”, ou seja, a Proclamação da República no Brasil. Com esse evento histórico, fixou-se a Federação e adotou-se o presidencialismo, sendo promulgada nossa primeira constituição da República em 24 de fevereiro de 1891. Neste sentido, cabe destacar a Vamireh Chacon:

Vinha a calhar a formulação positivista comtiana dos sentimentos estamentais militares e dos interesses patrimonialistas: ‘ditadura republicana’, expressa no lema da bandeira, em si já um discurso político: ordem e progresso’. E como todo despotismo esclarecido, mais despótico que esclarecido neste caso, maior ordem e menos progresso.... É o que logo descobriram tantos os radicais jacobinos – do tipo de Silva Jardim e Raul Pompéia – quando a massa, sobretudo rural, martirizada ao máximo no holocausto de Canudos, onde os reveses das três primeiras expedições militares só serviram politicamente para deixar os moderados em paz no poder recém-conquistado e, a partir daí, por algum tempo sem as ameaças do golpismo caudilhista.

Em geral, com a Proclamação da República, o que houvera foi o revezamento do primeiro escalão imperial pelo segundo, os barões e viscondes pelos conselheiros e ex-presidentes de província: em lugar de Ouro Preto e Penedo, Rui Barbosa, Prudente de Moraes, Campos Sales e Rosa e Silva. Em alguns casos, substituição do pai Visconde pelo filho barão: os dois Rio Branco.¹⁸

Cabe ressaltar o fato de que mesmo diante da proclamação da República, já havia se instalado em nosso país um sistema de “controle” das atividades administrativas, retratadas na obra de Vitor Nunes Leal.

Por isso mesmo, o “coronelismo” é sobretudo um compromisso, uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores

¹⁸ CHACON, Vamireh. *História dos partidos brasileiros: discursos e práxis dos seus programas*. Brasília Universidade de Brasília, 1998, p. 59.

de terras. Não é possível, pois, compreender o fenômeno sem referência à nossa estrutura agrária, que fornece a base de sustentação das manifestações de poder privado ainda tão visível no interior do Brasil.¹⁹

Mesmo antes da proclamação da República em 15 de novembro de 1889, já existia legalmente no Brasil o Partido Republicano Paulista, fundado durante a convenção de Itu, em 18 de abril de 1873.

O Partido Republicano Paulista nasceu e fincou sua posição de oposição à monarquia até a Proclamação da República. Tinha como objetivo básico implantar no Brasil uma federação republicana, com um alto grau de descentralização administrativa, consagrando a “Política dos Estados” idealizada por Campos Sales, que era mais conhecida como Política dos Governadores.²⁰ Destarte, o que já era uma realidade fática passa a ser institucionalizado com a criação de partidos regionalizados, confirmando a preponderância do poder local.

No Estado do Rio Grande do Sul, em 1882, nasce o Partido Republicano Rio-Grandense (PRR), cujos ideários estavam firmados em princípios positivistas de Augusto Comte, nos quais privilegiava a defesa das classes sociais, segurança do indivíduo, fazendo frente ao Estado. Seu principal líder e ideólogo foi Júlio de Castilhos, patrono do Rio Grande do Sul. Aliado a

¹⁹ LEAL, Vitor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. Rio de Janeiro: Nova, 1997, p. 46.

²⁰ A participação do partido republicano é bastante acentuada e apresenta ponto de destaque no ato de 1870, assim consignado por Guerreiro Ramos: um dos primeiros é o manifesto de 1870 do Partido Republicano. Trata-se de um documento cuja plena inteligência só é possível a partir das condições concretas de vida naquela época. Na data de 1870, já eram bastante nítidas certas contradições entre as instituições vigentes e novas forças produtivas que buscavam o seu curso normal numa forma de organização não escravocrata. Uma considerável massa de cidadãos livres, mal-ajustados num sistema em que quase só havia lugar para senhores e escravos, carecia de posição e função da sociedade. Para se ter uma ideia da pressão política do elemento livre, compare a população do país em 1850 e em 1872. Naquele ano, para um total de 8.020.000 habitantes, havia 2.500.000 escravos e 5.520.000 pessoas livres. Em 1872, para um total de 10.112.061 habitantes, 1.510.806 eram escravos e 8.601.255 eram livres. Além de outros, este fator demográfico agia no sentido da ruptura do sistema agrário escravocrata e, portanto, do estímulo à industrialização do país, a qual, de resto, estava em processo e desde 1844, com a tarifa Alves Branco, já suscitava a resistência do setor latifundiário.

Tais contradições se refletiam nos quadros políticos e demandavam a alteração do esquema das instituições em cujo funcionamento se assegurava o predomínio dos fazendeiros. Os latifundiários garantiam o primado dos seus interesses principalmente através do Senado Vitalício, do Conselho de Estado, da centralização político-administrativa, do Poder Moderador e sua prerrogativa de irresponsabilidade e de dissolução dos pontos de estrangulamento que devem ser desfeitos, a fim de que sejam liberadas as novas tendências objetivas da sociedade imperial. É a teoria política da realidade nacional naquele momento. RAMOS, Guerreiro. *Introdução crítica à sociologia brasileira*. Rio de Janeiro : Editora UFRJ, 1995, p.81.

Borges de Medeiros, Venâncio Aires, Pinheiro Machado, Demétrio Ribeiro, Ramiro Barcelos, Assis Brasil, José Montaury, Osvaldo Aranha, José Antônio Flores da Cunha e Getúlio Vargas.

Constituindo-se outra base de sustentação ao regime denominado de “política café com leite”, representado o café dos paulistas e o leite dos Mineiros, nascem, em 1888, o Partido Republicano Mineiro (PRM), com o objetivo de representar os ideais republicanos e oligárquicos da elite agrária do estado de Minas Gerais e, no mesmo ano e sob os mesmos ideários, o Partido Republicano Fluminense (PRF), tendo como seu principal representante Nilo Peçanha, que chegou a ser presidente da República de 1909 a 1910.

Outro partido regional de expressão histórica no Brasil é o Partido Federalista do Rio Grande do Sul (PFR), cuja fundação é datada no ano de 1892, conhecido como maragatos. As principais bandeiras desse eram o federalismo e o parlamentarismo, bem como pretendiam uma ampla revisão da Constituição do Rio Grande do Sul de 1891, de orientação positivista.

Os maragatos, conhecidos pelo uso ostensivo do “lenço vermelho”, passaram a constituir forte linha de oposição aos defensores de Julio de Castilhos, a quem impunham a alcunha de “pica-paus” ou “chimangos”. Desta disputa regional resultou duas guerras civis no Estado do Rio Grande do Sul: a Revolução Federalista (1893) e a Revolução de 1923. Em 1928, em substituição ao Partido Federalista do Rio Grande do Sul, foi fundado o Partido Libertado (PL).

Na década de 1920, nasce o primeiro partido de cunho ideológico no Brasil, o Partido Comunista do Brasil (PCB), fundado em 1922, que tem por fundamento a revolução bolchevista e a III Internacional Comunista. Ao Partido Comunista brasileiro cabe a responsabilidade pela fracassada tentativa de Golpe de Estado com a Intentona Comunista de 1935, a qual ocasionou a prisão de seus principais líderes, entre eles o gaúcho Luís Carlos Prestes.

A exemplo da criação do Partido Comunista brasileiro, cuja origem e atividades estiveram sempre vinculadas às práticas perpetradas na União Soviética, e com a revolução de 1917, nasce no Brasil a Ação Integralista Brasileira (AIB) em 7 de outubro de 1932, com inspiração no Movimento Fascista italiano de Benito Mussolini, tendo entre seus fundadores Plínio Salgado e Miguel Reale.

A grande verdade sobre os comunistas no Brasil está fundada na assertiva de que o partido nunca foi um partido de massa, não conquistou o “coração brasileiro”. Diante da não conquista das ruas, do povo, seus integrantes e suas ideias foram se refugiar nas universidades brasileiras, dentro de uma classe entendida como “intelectualizada”, mas que jamais conseguiu atingir expressiva representatividade.

Aos integralistas, num primeiro momento, poderia se dizer que receberam influência do movimento Italiano dos “*camisas negras*”. Por aqui se apresentavam uniformizados com camisas e capacetes verde-oliva, as calças eram pretas ou brancas ou cáqui e as gravatas pretas. Todavia, a real inspiração foi o movimento tradicionalista em Portugal, o integralismo lusitano. Atualmente o sucessor da AIB é a FIB - Frente Integralista Brasileira -, que representa os ideais integralistas no Brasil.

Até então não havia no Brasil realmente um partido político nacional de representatividade que albergasse todo o Estado brasileiro. Essa conjuntura política vem a ser alterada com a criação do PSD: Partido Social-Democrático e do PTB: Partido Trabalhista Brasileiro. Por sua vez, cabe lembrar que, mesmo diante da presença de posições políticas antagônicas, tanto o PSD quanto o PTB eram partidos que congregavam dos mesmos ideários. Uma das principais características do PSD é encontrada na doutrina de José Carlos Brandão Monteiro e Carlos Alberto Pereira de Oliveira:

Evidentemente, as “raposas” detinham o poder interno no partido na medida em que o PSD era maciçamente apoiado pelo eleitorado de interior. Indiscutivelmente, o PSD buscava equilibrar as contendas dentro da vida política brasileira, dissipando as divergências do espaço de participação. Para Hipólito (1985), o PSD era fiador do sistema enquanto grande partido de centro. Cabe apontar que o surgimento da “Ala Moça” afasta o PSD do centro, caminhando perigosamente para a direita, enquanto a “Ala Moça” migra mais à esquerda, juntando-se aos nacionalistas de outros partidos.

Deve apontar-se que as posturas da “Ala Moça”, de Ulysses Guimarães e Renato Acher, eram de transformar a estrutura oligárquicas do partido, renovando-se a prática política e pregando a democratização do PSD. Desta forma, pode-se afirmar que o PSD era um partido de quadros, fechado à participação horizontal de seus militantes, com uma estrutura interna extremamente vertical. As grandes massas trabalhadoras, urbana e rural, não encontravam estímulo a participar do partido, sendo, simplesmente convocadas a apoiá-lo nas ocasiões eleitorais.²¹

Destarte, com a sua criação no ano de 1945, o Partido Social-Democrático (PSD) tornou-se representante legítimo das oligarquias brasileiras. Em face da sua característica de partido nacional, acabou por eleger dois presidentes do Brasil: Eurico Gaspar Dutra (1946-1950) e Juscelino Kubitschek (1956-1960) em pouco mais de 11 anos de existência

²¹ MONTEIRO, José Carlos Brandão; OLIVEIRA, Carlos Alberto Pereira de. *Os partidos políticos*. São Paulo: Global, 1989, p. 26.

legal. Tem como lideranças Juscelino Kubitschek, Eurico Gaspar Dutra, Tancredo Neves, Marechal Henrique Teixeira Lott, Cristiano Machado, Ulysses Guimarães, Walter Jobim (governador do Rio Grande do Sul), José Sarney e Ildo Meneguetti.

Por sua vez, o Partido Trabalhista brasileiro (PTB) surge com base eleitoral formada por trabalhadores urbanos e de forte penetração nos sindicatos. Os integrantes do PTB eram constantemente acusados pelos seus adversários de vinculações com os comunistas. Os trabalhistas defendiam, entre outras propostas, uma reforma urbana, o desenvolvimento do setor rural, das universidades e eram defensores do crescimento econômico. Dois presidentes da República serviram o Brasil tendo por base política o PTB: o gaúcho Getúlio Vargas (1951-1954) e João Goulart (1961-1964), que foram também seus principais líderes.

A classe média urbana brasileira vem a ser representada no ano de 1945, quando é criada a União Democrática Nacional (UDN), a qual em seus quadros reunia políticos de oposição ao Governo Vargas.

A União Democrática Nacional (UDN) foi fundada em 07/04/45 e congregou os inimigos da Revolução de 1930, os revolucionários de 1932; os “milhares de democratas inimigos do Estado Novo; elementos destacados das classes conservadora e ainda (...) admiradores das virtudes morais e cívicas do tenente-brigadeiro Eduardo Gomes.

Afonso Arinos aponta que a UDN tinha afinidade com o radicalismo francês. Segundo o deputado José Augusto, a UDN tinha as seguintes finalidades: 1 – lutar para derrubar a ditadura; 2 – elaborar a Carta Constitucional (é interessante apontar que a UDN não previa sequer uma revisão constitucional em se programa); 3 – concorrer à eleição para governadores e deputados; 4 – bater-se pela reorganização econômica e social do País.²²

De orientação conservadora, a UDN jamais teve força eleitoral em razão da pequena quantidade de integrantes da classe média no Brasil. Ademais seus integrantes eram representantes das antigas oligarquias regionais. Em seu corpo de filiados, a UDN albergava figuras exponenciais da Revolta tenentista do Forte de Copacabana de 1930, entre eles o Marechal Henrique Batista Duffles Teixeira Lott, o Brigadeiro Eduardo Gomes e outras lideranças restritas da Força Aérea brasileira.

Há que se destacar o fato de que esses partidos políticos foram organizados e criados em momento concomitante ou posterior à II Guerra Mundial.

²² MONTEIRO, José Carlos Brandão; OLIVEIRA, Carlos Alberto Pereira de. op. cit. p. 26.

Portanto, a representação política é menos intensa no continente europeu, em termos comparativos com a América Latina, com destaque para o Brasil.

O Partido Trabalhista Nacional (PTN), fundado em 1945 por Romeu Campos Vidal, egeria, cinco anos após a sua criação, em 1950, Jânio Quadros para o cargo de Presidente da República.

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) seria fundado em 1947, em ocasião da II Convenção Nacional da Esquerda Democrática. De ideologia que mediava o socialismo marxista e a socialdemocracia, passou a constituir-se em uma alternativa ao PCB e ao PTB. Pregava a transformação da sociedade. O PSB defendia a progressiva e gradual socialização dos meios de produção, a qual deveria se realizar dentro das regras da luta democrática.

De cunho eminente regional o Partido Social Progressista (PSP), cuja fundação é atribuída ao médico Adhemar de Barros em 1946, contempla a fusão de pequenos partidos, mas que abriu ao seu criador e idealizador a possibilidade de disputar a eleição ao governo de São Paulo no ano de 1947.

A vida dos partidos políticos no Brasil sofre um hiato entre os anos de 1964 a 1985. Com a contra revolução militar de 1964, os partidos políticos foram extintos no Brasil, consoante a redação do art. 18 do Ato Institucional nº 2.²³ Por sua vez, o Ato Complementar nº 4, de 20 de novembro de 1965, passou a regular a criação, por membros do Congresso Nacional, de organizações que teriam atribuições de partidos políticos, enquanto estes não se constituem.

Dentro desse arcabouço normativo, acabou-se por instituir o bipartidarismo, sendo criado o partido governista Aliança Libertadora Nacional (ARENA) e a oposição ingressando no Movimento Democrático Brasileiro – MDB.

O partido do governo (ARENA) foi fundado no ano de 1966, compondo os seus quadros ex-integrantes da UDN, do PTN e do PSD, ou seja, políticos de várias correntes ideológicas acabaram se albergando em seus quadros. O partido que viria a dar sustentação ao governo militar, foi constituído por setores conservadores da sociedade brasileira de orientação política de direita.

As eleições passaram a ser indiretas durante o regime militar. Contando a ARENA com ampla maioria no parlamento, acabou por eleger cinco presidentes militares do Brasil: Humberto de Alencar Castelo Branco (1964-1967); Marechal Costa e Silva (1967-1969); General Emílio Garrastazu Médici (1969-1974); General Ernesto Geisel (1974-1979); e o General João Baptista de Oliveira Figueiredo (1979-1985).

²³ Art. 18 - Ficam extintos os atuais Partidos Políticos e cancelados os respectivos registros.

Parágrafo único - Para a organização dos novos Partidos, são mantidas as exigências da Lei nº 4.740, de 15 de julho de 1965, e suas modificações.

O partido de oposição ao governo militar, Movimento Democrático Brasileiro (MDB), também fundado em 1966, reunia ex-integrantes do PTB e de outros partidos contrários à contra revolução ou em defesa de interesses próprios. O MDB é formado basicamente por integrantes oriundos dos setores liberais e da socialdemocracia e até por oportunistas políticos que cotejavam o regime militar e faziam oposição eleitoral “para ficar de bem como o povo”. A presença de um partido de oposição consagrava a ideia de um estado democrático reinante no Brasil.

Esse momento político brasileiro é relevante, pois constitui momento raro em que o Brasil experimenta a oportunidade de possuir Partidos Políticos em âmbito realmente nacional.

Destarte, no período do Brasil Colônia ou de predomínio da monarquia, o que se constata é um monopólio do império sobre as instituições e os partidos.

Após a proclamação da República, é clara a presença de partidos essencialmente regionais. Outro momento expressivo é registrado com a presença do PTB e PSD na política nacional em face de se constituírem em partidos de abrangência nacional, mas que na verdade eram representações dos políticos locais, que usavam os partidos para se legitimarem.

A presença tanto da ARENA quanto do MDB trouxe a lume o debate acalorado de propostas que tinham por objetivo aprimorar o sistema, com claro intuito de torná-lo materialmente democrático.

Com a abertura democrática no Brasil, regressam os exilados e acelera-se a queda do bipartidarismo, já que nos moldes existentes à época era incompatível a manutenção de apenas duas agremiações políticas. Portanto era inevitável que, no curto ou médio prazo, isso ocorreria. Para fazer frente ao processo democrático, foi editada a Lei Federal nº 6.767, de 20 de dezembro de 1979, que restabeleceu o pluripartidarismo.

No ano de 1980, foi criado o Partido Democrático Social (PDS), sucessor político do partido do governo ARENA, mantendo suas características de conservadorismo.

Em 1995 o PDS foi sucedido pelo Partido Progressista Brasileiro (PPB), para em 2003 assumir o nome de Partido Progressista (PP).

Foi fundado por Leonel de Moura Brizola, ex-governador do Rio Grande do Sul, em 10 de novembro de 1981, o Partido Democrata Trabalhista (PDT), albergando em seus quadros políticos antigos militantes do PTB que retornavam do exílio.

O PDT adotou a mesma base ideológica da antiga sigla, sendo um defensor do trabalhismo e contrário ao neoliberalismo.

Em decorrência dos movimentos trabalhistas, gerados pelas greves no setor automobilístico do ABC (Região Metropolitana de São Paulo) na década de 1970, dentro do movimento sindical e contando com forte apoio da Igreja Católica (pastoral da terra e carcerária), nasce o Partido dos Trabalhadores (PT) em 11 de fevereiro de 1982.

Descrito como sendo uma das agremiações partidárias mais importantes da esquerda na América Latina e vinculado ideologicamente com as bases socialistas e socialdemocratas, apresenta-se como uma alternativa ao neoliberalismo.

As principais lideranças do Partido dos Trabalhadores, agremiação política que elegeu dois Presidentes da República no Brasil são: Luís Inácio Lula da Silva (SP), Presidente do Brasil 2003-2010, Dilma Rousseff (RS), Presidente do Brasil 2011-2016.

O retorno à vida partidária do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) ocorre em 3 de novembro de 1981, em meio a uma disputa judicial envolvendo Ivete Vargas, sobrinha de Getúlio Vargas, e Leonel Brizola, ambos reivindicando o comando partidário ao argumento de seus respectivos históricos de lutas em nome da legenda. Saiu vencedora Ivete. Mas o Partido, a exemplo de outras legendas, não conseguiu o prestígio de momentos anteriores. Na atualidade, o PTB é um partido de cunho eminentemente regional, não despontando no cenário nacional.

A sigla que sucedeu o MDB foi o Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), em 30 de junho de 1981. Sem sombra de dúvidas o maior partido político do Brasil na atualidade, contando com o maior número de filiados em suas fileiras. Além desse respaldo de base, conta com expressiva força política em nível regional e nacional, mantendo-se como partido de espectro nacional.

O PMDB esteve à frente do Poder Executivo nacional por duas ocasiões: com José Sarney, que substituiu Tancredo Neves, morto antes de tomar posse, (Presidente do Brasil 1986-1990); Itamar Franco (Presidente do Brasil 1992-1994), após o *impeachment* do presidente Fernando Collor, contando ainda com o Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 Deputado Federal Ulysses Guimarães.

As divergências internas verificadas nas entranhas do PDS, principalmente com o apoio conferido a Paulo Maluf, quando candidato à Presidência da República pelo voto indireto em 1985, deram origem à formação do Partido da Frente Liberal em 11 de setembro de 1986. O PLF foi, ao lado do PSDB, um dos mais importantes partidos de sustentação do governo Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), indicando como Vice-Presidente Marco Maciel.

Logo após o término do mandato de Fernando Henrique, diante da ascensão do governo petista, aliado à facilidade de “trocas partidárias” e do exercício exacerbado do fisiologismo, o PFL perde muitos dos seus parlamentares. Em 2007 o PFL troca de nome e passa a se chamar Democratas (DEM), sem perder sua identificação com a legenda que lhe deu origem.

Outro partido que é formado com base em movimentos dissidentes é o PSDB, fundado em 24 de agosto de 1989, o Partido Social Democrata Brasileiro (PSDB) alberga em seus quadros políticos oriundos do PMDB.

O PSDB não pode ser considerado um partido de cunho nacional, a exemplo do que ocorre com o PT e o PMDB, pelo fato de não conseguir aglutinar suas forças em nome de um candidato que seja viável nacionalmente.

As constantes divergências partidárias deixam claro que o partido é formado por lideranças regionais em franca disputa pela indicação do partido ao cargo de presidente da República. De um lado, o flanco mineiro encabeçado por Aécio Neves e, de outro, os paulistas com Fernando Henrique Cardoso, Geraldo Alckmin e José Serra, os quais, na divergência, não caminham juntos ou dissimulam uma aparente união para obtenção do retorno à chefia do Executivo Federal.

Com essa desunião, são superados pelos Petistas e Peemedebistas. Esteve à frente do Executivo Federal por dois mandatos com Fernando Henrique Cardoso, entre os anos de 1995-2002.

Originalmente fundado em 1947, o Partido Socialista Brasileiro (PSB), foi “refundado” em 01 de julho de 1988, contemplando os mesmos ideários da sua origem partidária, apresentando-se como uma alternativa entre os partidos socialistas radicais e a socialdemocracia. O PSB é um partido nitidamente regional, tendo sua maior expressão sedimentada na família de Miguel Arraes, em Pernambuco. O neto de Arraes, ex-governador de Pernambuco, morre em um trágico acidente de avião, quando candidato à Presidência da República em 2014.

O Partido Popular Socialista (PPS), fundado em 1992, tem como base as fileiras do PCB. É formado por integrantes dissidentes do PCB, os quais, após o fim do regime nas repúblicas soviéticas, deixam o socialismo e a socialdemocracia. Por igual, é um partido regionalizado.

Com a necessidade de adequação entre o discurso e a realidade, o PT, quando chegou à chefia do executivo nacional em 2003, acabou por perder expressivo número de filiados para o Partido Socialismo e Liberdade (PSol), o qual foi fundado em 2004.

O Partido Comunista Brasileiro (PCB), primeiro partido ideológico do Brasil, originalmente fundado em 1922 por Luís Carlos Prestes, mantém-se vinculado as suas bases originais de criação. Todavia, com o esfacelamento do regime comunista na União Soviética, perdeu em muito a sua atratividade para compor os seus quadros de filados. Sem que tudo isso fosse suficiente, o partido foi dividido em 1992 entre PCB e PC do B.

Tanto o PSB quanto o PC do B nunca foram partidos de massa, sendo que sua atuação se restringe a redutos fincados nos meios acadêmicos, especificamente nas universidades públicas, nas quais há uma tentativa de impor seus ideários sob o manto de um efeito multiplicador perante os discentes.

Por sua vez, o Partido Comunista do Brasil (PC do B), fundado em 1922, permaneceu na clandestinidade por mais de 60 anos em razão de divergências políticas. Retornou à legalidade em 23 de junho de 1988 com o fim da ditadura militar. O PC do B possui uma linha de pensamento menos radical da praticada pelos integrantes do PCB.

Aspectos relacionados às questões ambientais e ao desenvolvimento sustentável são temas estreitamente defendidos pelo Partido Verde (PV). Fundado em 1986, tem apresentado crescente progresso nas campanhas eleitorais que vem disputando nos últimos anos.

Com a fusão do Partido Liberal (PL) e do Partido Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) foi criado o Partido da República (PR) no ano de 2006, adotando integralmente as posições do PL.

Com um viés nitidamente vinculado às questões religiosas (igreja Universal do Reino de Deus), em 2003 foi criado o Partido Republicano Brasileiro (PRB), defensor da cidadania, dos direitos humanos, das mulheres crianças e adolescentes. Ao PRB é atribuída, com a indicação do então senador José de Alencar para integrar a chapa encabeçada por Luís Inácio Lula da Silva, a vitória do petismo no Brasil nas eleições de 2002.

A Justificativa é feita com base no fato de que o candidato a vice representava a segurança da não manutenção do discurso radical do PT quando colocado em prática.

A história partidária do Brasil possui singularidades expressivas. Entre essas está a do Partido da Reconstrução Nacional (PRN), o qual foi fundado em 1985 com o nome de Partido da Juventude (PJ). Em 1989 foi renomeado para PRN, ano em que elegeu Fernando Collor de Mello presidente do Brasil (1990). Após o *impeachment* de Collor, o PRN quase desapareceu. Hoje o partido que foi da reconstrução está edificado no pequeno Partido Trabalhista Cristão (PTC) assim registrado no Tribunal Superior Eleitoral desde 22 de fevereiro de 1990.

Vinculado ao discurso de extrema esquerda, o Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU), fundado em 1994 é o representante nacional da LIT-QI (Liga Internacional dos Trabalhadores – Quarta Internacional).

O Partido da Causa Operária (PCO) obtém seu registro no Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 1997, formado por ex-filiados expulsos do PT. Assim como o PSTU, possui postura de extrema esquerda.

O Partido Social Cristão (PSC) recebe seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral em 29 de março de 1990 e tem como principais projetos a Redução da maioria penal. Posiciona-se contra a legalização do aborto e das drogas, assumindo uma postura de facultatividade do voto.

O Partido da Mobilização Nacional (PMN), fundado em 25 de outubro de 1990, assume postura em defesa da reforma agrária, temática adotada para buscar sustentação em setores sociais não alinhados aos pensamentos do Partido dos Trabalhadores.

Partido que tem forte vinculação histórica na política brasileira, o PRP teve em seus quadros de filiados o ex-governador de São Paulo, Adhemar de Barros. O partido sofreu com a extinção dos partidos políticos pelo AI-2. Por sua vez, o Partido Republicano Progressista (PRP), após a sua refundação em 29 de outubro de 1991, não obteve o prestígio de outrora.

O Partido Trabalhista do Brasil (PT do B), com registro no Tribunal Superior Eleitoral deste 11 outubro de 1994, é composto por dissidentes do PTB.

Fundado em 2 de outubro de 1997, quando obteve o registro perante o Tribunal Superior Eleitoral, o Partido Trabalhista Nacional (PTN), vincula-se a questões trabalhistas. A exemplo do PT do B, foi criado por dissidentes do PTB. Já esteve presente no cenário político nacional desde a década de 1940, com a Resolução nº 230 do Tribunal Superior Eleitoral, de 6 de outubro de 1945, que concedeu ao Partido Trabalhista Nacional o registro provisório.

Tendo como base fundamental a vinculação à ideologia do “trabalhismo participativo”, o Partido Renovador Trabalhista Brasileiro (PRTB) sustenta em seu programa a possibilidade de interação entre capital e trabalho. O PRTB tem suas origens no (PTB) 1945–1965, no Movimento Trabalhista Renovador (MTR) 1959–1965, no Partido Trabalhista Renovador (PTR) 1992–1993 e, em 18 de fevereiro de 1997, obtém seu registro perante o Tribunal Superior Eleitoral e vem compondo o quadro de partidos políticos no Brasil.

Com força alcançada perante os movimentos carismáticos da igreja católica, o Partido Humanista brasileiro (PHS) foi criado em 1995, com a denominação de “Partido da Solidariedade Nacional” (PSN) e obteve o registro permanente em 20 de março de 1997.

De igual corrente religiosa cristã o Partido Social Democrata Cristão (PSDC) recebeu registro pelo Tribunal Superior Eleitoral em 5 de agosto de 1997.

Fundado em 30 de outubro de 1994, o Partido Social Liberal (PSL) defende a uma maior presença do Estado na economia.

No ano de 2011, ressurgiu o Partido Social Democrático (PSD) como uma dissidência ou acomodação partidária de vários políticos das mais variadas siglas. Seu principal idealizador e fundador é o ex-prefeito de São Paulo Gilberto Kassab. O partido guarda muito da ideologia dos seus tempos áureos, mas não é um partido de massa nem é nacional: é o que os outros partidos são no Brasil.

A luta armada no Brasil, representada pelo Movimento Oito de Outubro (MR-8), passa a compor quadro partidário brasileiro com a criação do Partido Pátria Livre (PPL).

Sob o apelo ecológico do Partido Ecológico Nacional, fundado em 19 de junho de 2012, possui como lemas: amizade com a natureza; todo o lixo seja reciclado; todo esgoto deve ser tratado; cada pessoa deve adotar pelo menos uma árvore; toda espécie deve ser preservada; todo rio deve ter árvores em suas margens; não deve ser tirado da natureza mais que ela possa oferecer; todo ser humano deve respeitar o seu ambiente; preservação da natureza; gratidão a Deus pela perfeição do planeta.

Sob a bandeira de redução da carga tributária, o Partido Republicano da Ordem Social (PROS), fundado em 24 de setembro de 2013, reúne em seus quadros defensores de uma maior eficiência estatal.

Um braço do sindicalismo brasileiro, o Partido Solidariedade (SD), fundado em 24 de setembro de 2013, tem sua maior expressão parlamentar no ex-presidente da Força Sindical, Paulinho da Força.

Partido Novo, fundado em 15 de setembro de 2015, defende o fim do voto obrigatório e financiamento privado de campanhas políticas.

Rede Sustentabilidade, como apregoado pela sua maior expressão Marina Silva, não é um partido de direita nem de esquerda é um partido à frente.

O Partido da Mulher Brasileira, partido que conta com pouco mais de um ano de existência.

Sob os ares do pluripartidarismo foram criados ou recriados novos partidos. Neste momento histórico do Brasil, o qual inicialmente acreditou-se que a democracia somente seria concretizada com a possibilidade de criação de siglas ou agremiações partidárias, não ocorreu o efeito desejado.

É insofismável o fato de que, com o pluripartidarismo e sua implantação, acabou por prevalecer a figura do partido regional. Configura-se, desse retorno à possibilidade de vários partidos existirem no Brasil, a prevalência de “diretórios estaduais” sem qualquer unidade de ideologia ou de cunho propositivo. O que se sobressai nas agremiações regionais são adequações e predileções em detrimento do conjunto nacional.

Uma das poucas exceções à regra de partidos regionais é encontrada no PMDB – Partido do Movimento Democrático Brasileiro e no PT - Partido dos Trabalhadores. Esse último possuía uma linha ideológica forte e intransigente até chegada ao Poder em 2003, quando teve que ajustar o discurso sindical à realidade da política nacional e internacional. Sem adentrar nas mazelas administrativas e de corrupção, tanto PMDB quanto o PT são partidos nacionais de fato e de direito. Todavia, diante dos seus equívocos foram perdendo militância e a predominância nacional, passando a se concentrar na defesa das constantes e ininterruptas acusações de corrupção praticadas pelos seus principais líderes.

Outros tantos pedidos de registro de partidos políticos estão em tramitação perante o Tribunal Superior Eleitoral, não havendo, por parte de nenhum deles, o predicado da envergadura, restando a singela obediência formal das previsões constitucionais para a concessão de seu registro.

3. Conclusões

É inquestionável a riqueza de peculiaridades que unem o sistema eleitoral brasileiro e a participação dos partidos políticos. Nesse cenário, a legislação vigente às suas respectivas épocas acabavam por legitimar o sistema e a representação partidária. É igualmente verdadeiro o fato de que não havia uma perfeita adequação entre as legislações político eleitorais aos seus respectivos textos constitucionais, exceção deve ser feita a partir da Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988. Há muito a ser feito no sistema político e partidário no Brasil com o interesse de eliminar, ou mesmo mitigar os hiatos existentes e visíveis da adequada e racional representação política. Como provocação, cabe ressaltar o fato de que no Brasil não há um sistema de voto distrital (misto ou puro), o que compromete a representatividade do político com seus eleitores. Na atualidade os partidos políticos funcionam como representação pessoal dos ocupantes de cargos políticos e não de espaço de debate de ideias e propostas. Como uma República Federativa, inserida dentro de um sistema de governo presidencialista, o qual contempla excessiva gama de

poderes nas mãos do presidente, há uma necessidade de maior adequação e equilíbrio de forças com o intuito de aprimorar o sistema político brasileiro.

Referências

- AGRA, Welber de Moura. **Temas Polêmicos do Direito Eleitoral**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- ANDRADA, Bonifácio de. **Ciência política: ciência do poder**. São Paulo: LTr, 1998.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**. Brasília: OAB, 2006.
- BUENO, José Antônio Pimenta. **Direito público brasileiro e análise da constituição do Império**. Brasília: Senado Federal, 1978.
- CÂNDIDO, Joel José. **Direito Eleitoral Brasileiro**. São Paulo: Edipro, 2001.
- CASTRO, Edson de Resende. **Teoria e prática do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CHACON, Vamireh. **História dos partidos brasileiros: discursos e práxis dos seus programas**. Brasília Universidade de Brasília, 1998.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. Rio de Janeiro: Globo, 1987.
- FRANCO, Afonso Arinos de Melo. **História e teoria dos partidos políticos no Brasil**. São Paulo: Alfa-Ômega, 1974.
- MONTESCHIO, Horácio. **Política Brasileira - A Crise de Representação e os Instrumentos para o Controle dos Mandatos Eletivos**. Curitiba, Juruá, 2018.
- RAMOS, Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1995, p.81.
- MONTEIRO, José Carlos Brandão; OLIVEIRA, Carlos Alberto Pereira de. **Os partidos políticos**. São Paulo: Global, 1989.
- MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. **História do Brasil: uma interpretação**. São Paulo: 34, 2015.
- RANAYANA, Marcos. **Resumo de direito eleitoral**. Niterói: Impetus, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- _____. **O constitucionalismo brasileiro: evolução institucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SOBREIRO NETO, Armando Antônio. **Direito eleitoral: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2008.
- LEAL, Vitor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. Rio de Janeiro: Nova, 1997.

As prisões brasileiras e a condição humana do encarcerado

Reis Friede¹

Resumo

Os Avanços na promoção dos direitos humanos têm sido constatados no Brasil, o que é de imprescindível relevância para a produção e manutenção de uma democracia que se perpetua no citado país. No entanto, o Relatório Mundial de Direitos Humanos, em sua edição do ano de 2014 até o ano em curso, elaborado pela ONG *Human Rights Watch*, bem como os demais documentos fornecedores de dados no que concerne à situação prisional, o que inclui a ótica dos Mutirões² do Conselho Nacional de Justiça, CNJ, constantemente vêm relatando os demasiados desafios que a cerca e que, ainda, precisará trilhar para eliminá-los, como a violência policial, o uso da tortura e a superlotação das prisões. Destarte, este trabalho tem, em seu âmago de discussão, a questão prisional brasileira, notadamente, as condições de vida nos cárceres, ocasionadas pelo modo como o Estado a enxerga e garante atenção, em parceria com o pilar da ressocialização.

Palavras-chave: População carcerária; superlotação; violência; dignidade da pessoa humana; descaso estatal.

Abstract

Advances in the promotion of human rights have been verified in Brazil, which is of essential relevance for the production and maintenance of a democracy that perpetuates itself in that country. However, the World Report on Human Rights, in its edition of 2014 up to this year, prepared by the NGO Human Rights Watch, as well as the other documents providing data regarding the prison situation, which includes the perspective of the prisoners. The National Justice Council's (CNJ) Missions² have consistently reported the many challenges it faces and that it will need to address them, such as police violence, the use of torture and overcrowding of prisons. Thus, this work has, in its core of discussion, the Brazilian prison issue, notably, the conditions of life in prisons, caused by the way the state sees it and garner attention, in partnership with the pillar of resocialization.

Keywords: Prison population; over crowded; violence; dignity of human person; state housing.

¹ Reis Friede é Desembargador Federal. Mestre e Doutor em Direito e Professor e Pesquisador do Programa de Mestrado em Desenvolvimento Local do Centro Universitário Augusto Motta (UNISUAM). Correio eletrônico: reisfriede@hotmail.com. É autor do Livro *Teoria do Direito*.

Introdução

O artigo em curso discursa sobre as Instituições Prisionais Brasileiras de modo a demonstrar, por um viés histórico-filosófico, o mecanismo de interpretação e manutenção das maneiras de se punir condutas oriundas de indivíduos violadores de normas, observando-se contextos anuais, a contar do ano de 2014 até 2018, em comparação com a função da pena, suas modificações e finalidades, bem como variáveis aplicadas no decorrer da história, sobretudo, sob a luz da filosofia de Michel Foucault e do Código de Direito Penal vigente.

Diante do momento histórico em análise, busca-se o sentido da pena, para que serve e para quem é dirigida, traçando-se um paralelo comparativo frente aos anos supracitados, ao almejo da abordagem acerca dos temas conferidos à superlotação, à população carcerária e à violência dentro dos presídios, a fim de torná-los mais demonstrativos e pragmáticos, através do elenco de dados levantados nos relatórios da ONG Human Rights Watch.

Em sequência, com base no Direito Penal brasileiro, na qualidade de quem rege e quem traz a finalidade prática das prisões, isto é, de quem carrega consigo as finalidades pragmáticas que são destinadas às prisões, como, por exemplo, a de ressocialização do agente que, por alguma motivação, viera a cometer um ilícito penal, também, elucidará se esta é cumprida ou não, de acordo com seus efeitos originariamente pretendidos.

De maneira a proporcionar a compreensão da realidade prisional, elucidará seu arquétipo arquitetônico até as diversificadas formas de punição, as quais são realizadas por meio desta. Ou seja, o que se pretende aqui é a demonstração de como o local onde os presos se encontram pode mudar, o que se dá conforme uma lógica de dominação e adestramento dos corpos, tal como se percebe desde a época narrada pelo filósofo.

Por esse caminho, de acordo com o que fora disponibilizado pelos órgãos como o INFOPEN, DEPEN e BNMP, serão abordadas as condições das prisões, não somente em sentido estrito, mas, ainda, os critérios de obtenção e formação de dados, no sentido da captura da possibilidade da ocorrência de algum tipo de melhoria, quanto à responsabilidade no que concerne à manutenção e à promoção da dignidade da pessoa humana ou se permanecem à revelia.

Destarte, constitui-se como objetivo-fim a ser alcançada a demonstração das questões que norteiam as Instituições Prisionais no Brasil e como que elas se relacionam com a atividade do Estado, o qual é o seu protetor e gestor, na medida em que tem a obrigação de intervir para o seu melhor funcionamento, em razão daqueles que, ali, se encontram inseridos e que estão a todo o tempo aguardando a confirmação da condição de seres humanos.

O cárcere e a perspectiva de Foucault

Quando o tema é a prisão, a sua estrutura, seu funcionamento e sua finalidade, o francês Michel Foucault (FOUCAULT, 1989) faz uma profunda reflexão acerca das razões e dos modos utilizados para punir os indivíduos no decorrer dos tempos. Em *Vigiar e Punir* descreve as formas de punição, desde a exposição do condenado a dor (suplício) até a prisão propriamente dita, que surge no início do século XIX, instituída a partir de uma nova filosofia, que passa a abominar a tortura física, despontando a concepção de sujeito de direito, que, dentre outros, detém o direito de existir.

Na verdade, houve uma evolução da condenação e execução da pena como espetáculo para a supressão da liberdade individual de ir e vir, mediante clausura. Enquanto a primeira estampava no corpo do indivíduo o sofrimento que este teria provocado à sociedade, por meio de um ritual de violência ostensiva, que demonstrava excessivamente o poder daquele que pune, a segunda visa “recuperar” para a sociedade os indivíduos que se desviaram do socialmente aceito e regulado pelas leis, cujo objetivo é a ressocialização.

A concepção de sujeito de direito, que dentre outros tem o direito de existir dignamente, é elemento balizador desses novos tempos e é nesse contexto que surge a prisão, estabelecida a partir de novos princípios e, obviamente, de nova legislação. Nos Estados modernos, o princípio do devido processo legal é uma das garantias mais importantes da democracia, pois dele derivam todos os outros princípios e garantias constitucionais. Ele é, conforme Salomão (SALOMÃO, 2008), a base legal para a aplicação de outros princípios, independente do ramo do Direito Processual, inclusive no âmbito do Direito Material ou Administrativo.

O princípio do devido processo legal garante também a eficácia dos direitos conferidos ao cidadão, pois seriam insuficientes as demais garantias sem o direito a um processo regular, com regras para a prática dos atos processuais e administrativos pertinentes. Para a manutenção do Estado Democrático de Direito e efetivação do princípio da igualdade, o Estado deve atuar sempre em prol do público, através de um processo justo e com segurança nos trâmites legais do processo.

Garantir os direitos dos presos é garantir os direitos humanos, o que na atualidade passa a ser uma preocupação fundamental de diversos governos e de organismos internacionais. No Brasil, as violações de tais direitos continuam a ser, sistematicamente, perpetradas nos mais variados setores da sociedade civil contra as chamadas minorias e nas chocantes e medievais instituições prisionais brasileiras, que permitem a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana.

a) Prisão como prática social

Na obra *A verdade e as Formas Jurídicas*, Foucault (FOUCAULT, 1989) mostra como as práticas sociais podem chegar a engendrar domínios de saber que não somente “fazem aparecer novos objetos, novos conceitos, novas técnicas, mas também fazem nascer formas totalmente novas de sujeitos e de sujeitos de conhecimento”.

A maneira como o Ocidente concebeu e definiu o modo pelo qual os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de suas ações e a punição de outras, todas essas regras, ou práticas regulares, são formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade.

No rito punitivo como espetáculo, o condenado era submetido a etapas sucessivas de torturas físicas e psicológicas. Não bastava apenas o seu isolamento do corpo social. Naquele contexto, ele era exposto à comunidade, por meio de percursos pelas vias públicas, paradas em determinados pontos, anúncios fixados no corpo de modo a trazer à tona a sentença, além do pronunciamento do texto de condenação em que afirmava solenemente seu delito.

Da tortura à execução, o corpo produz e reproduz a verdade do crime. Ou, segundo Foucault (FOUCAULT, 1989), ele constitui o elemento que, “através de todo um jogo de rituais e de provas, confessa que o crime aconteceu, que ele mesmo o cometeu, mostra que o leva inscrito em si e sobre si, suporta a operação do castigo e manifesta seus efeitos da maneira mais ostensiva” (FOUCAULT, 1989).

O corpo, ainda seguindo Foucault, várias vezes supliciado, sintetiza a realidade dos fatos e a verdade da informação, dos atos de processo e do discurso do criminoso, do crime e da punição. Peça essencial, conseqüentemente, numa liturgia penal em que deve constituir o parceiro de um processo organizado em torno dos direitos formidáveis do soberano, do inquérito e do segredo.

As formas jurídicas são, observando sua evolução no campo do Direito Penal como lugar de origem, formas de verdade, que podem ser definidas a partir da prática penal, “pois o que é chamado de inquérito, tal como é e como foi praticado pelos filósofos de século XV ao século XVIII, e também por cientistas [...] é uma forma bem característica da verdade em nossas sociedades” (FOUCAULT, 1989).

Ao analisar o inquérito na Idade Média europeia, o filósofo considera que este contribuiu para o próprio destino da cultura ocidental, a partir do funcionamento da noção de “prova”, que fazia parte do sistema judiciário

feudal. Em tal sistema existia uma ritualização, em que as “provas” serviam não para nomear, mas para estabelecer o mais forte, assinalando assim quem estava com a razão, já que inexistia, no “jogo” entre dois indivíduos, a presença de um terceiro ator neutro.

Michel Foucault (FOUCAULT, 1989), ao estudar o surgimento da prisão, verifica a existência de um poder diferente do exercido pelo Estado, exigindo deste um repensar institucional, em que se inserem os domínios do saber e a análise das normas de internação.

Nesse sentido, afirma que houve um aperfeiçoamento, do século XVI ao século XIX, de todo um conjunto de processos disciplinares para policiar, controlar, avaliar, adestrar os indivíduos, torná-los “dóceis e úteis”. Vigilância, exercícios, manobras, notas, níveis e lugares, classificações, exames, registros, toda uma forma de submeter os corpos, de dominar as multiplicidades humanas e de manipular as suas forças durante os séculos clássicos nos hospitais, no exército, nas escolas, nos colégios ou nas oficinas.

É a partir da noção de codependência entre saber e poder que Foucault discute o conceito de “sociedade disciplinar”, tendo por base o sistema judiciário e penal da França, no final do século XVIII e início do século XIX, momento em que surge a noção de infração penal, caracterizada como uma ruptura da lei, cuja função é regular o que é útil e o que é nocivo para uma dada sociedade. Nesse período, os atributos do sujeito criminoso são também elaborados.

A realidade das instituições prisionais brasileiras em 2014

Os Mutirões do Conselho Nacional de Justiça de 2014 mostraram que a população carcerária brasileira era de 711.463 presos. Os números levavam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar. Para o levantamento, o CNJ consultou os juízes responsáveis pelo monitoramento do sistema carcerário dos 26 estados e do Distrito Federal. De acordo com os dados anteriores do CNJ, que não contabilizavam prisões domiciliares, em maio de 2014 a população carcerária era de 563.526 presos. (CNJ, 2014).

O novo número também mudou o *déficit* de vagas no sistema da época, que era de 206 mil, segundo os dados mais recentes do CNJ. “Considerando as prisões domiciliares, o déficit passou para 354 mil vagas. Se contarmos o número de mandados de prisão pendentes de cumprimento (373.991), de acordo com o Banco Nacional de Mandados de Prisão, a população prisional saltaria para 1,089 milhão de pessoas”.

O panorama brasileiro era o seguinte: população no sistema prisional com 563.526 presos; capacidade do sistema para 357.219 vagas; *déficit* de 206.307 vagas; pessoas em prisão domiciliar no Brasil em número de 147.937; total de pessoas presas em 711.46; *déficit* de vagas de 354.244; número de mandados de prisão em aberto no montante de 373.991. Total de pessoas presas e cumprindo mandados de prisão em aberto: 1.085.454. *Déficit* geral de vagas: 728.235 (CNJ, 2014).

Com as novas estatísticas, o Brasil passou a ter a terceira maior população carcerária do mundo, segundo dados do ICPS, sigla em inglês para Centro Internacional de Estudos Prisionais, do King's College, de Londres (ICPS, 2014). As prisões domiciliares fizeram o Brasil ultrapassar a Rússia, que tinha 676.400 presos.

Os atrasos no sistema judiciário contribuíram para a superlotação, pois cerca de 200.000 detentos estavam em prisão preventiva e as instituições prisionais submeteram essa população à recorrente degradação da dignidade humana.

Os mutirões do CNJ de 2014 mostraram quadros como o do presídio central de Porto Alegre, com “cerca de 4.400 detentos, porém com capacidade máxima de 2.069”. Além da superlotação, a penitenciária apresentou risco de incêndio e entupimento da rede de esgoto. O relatório do órgão destacou a existência de presos que, por intriga com as facções, não eram aceitos em local algum, por isso ficando algemados em grades nos corredores. Ali dormiam e faziam suas refeições, permanecendo mais de 30 dias em alguns casos (ALVAREZ, 2013).

Nesse contexto, o CNJ constatou que a influência de facções criminosas no presídio incluía a existência até de “prefeitos”, tal como explicitado pelo jornal O GLOBO: “Existe um estado paralelo”, com um “prefeito” em cada galeria, “com sua designação sobre a porta de entrada da cela”. São as facções que decidem até quem terá assistência médica (O GLOBO, 2014).

Sobre mortes ocorridas no presídio, o documento apontou que, de 2009 até 2011, foram registrados “180 cadáveres”, não citando, porém, a causa das mortes. O relatório recomendou o esvaziamento completo do presídio, alvo de representação na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, em 2013 (O GLOBO, 2014).

Em outro relatório, sobre mutirão no presídio de Urso Branco, Rondônia (CNJ, 2014), o CNJ citou dados de 2013 referentes à morte de presos decorrente da falta de socorro imediato, por falta de profissionais de saúde no local, “falta de viaturas em condições para que o agente penitenciário prestasse tal socorro até o atendimento especializado mais próximo e por

falta de medicamento”. [...] A gravidade da situação era tal que um preso provisório, baleado nas nádegas, “fazia seus curativos com papel higiênico” (O GLOBO, 2014).

Já em Pernambuco, o CNJ destacou em 2014 o quadro de desorganização da 1ª Vara de Execuções Penais de Recife, onde inexistia controle de prazo dos benefícios aos presos. Segundo o órgão, haveria “2.334 processos com sentença de extinção de pena aguardando a expedição de atos finais”. O texto citou o caso de um detento do Complexo do Curado, preso “cautelaramente” por mais de seis anos, “tendo a instrução sido iniciada apenas com o interrogatório [...] sem que qualquer testemunha arrolada tenha sido ouvida”. O CNJ concluiu que o sistema pernambucano “piorou em relação ao último Mutirão”, de 2011 (O GLOBO, 2014).

Tem razão o CNJ, pois logo no início de 2015, no dia 20 de janeiro, teve início uma rebelião no Complexo Prisional do Curado, em que o saldo foi de três mortos e 70 feridos. Os detentos, por meio de faixas, cobraram mais celeridade no julgamento dos processos e também ocuparam o telhado dos pavilhões, onde centenas deles exibiam facas, facões e foices, sendo que alguns tocaram fogo em roupas e colchões como forma de protesto contra a superlotação nas celas. Vários detentos também atiraram pedras e os policiais revidaram com balas de borracha.

O Complexo Prisional do Curado estava com aproximadamente 6.600 internos, sendo que o espaço comportava apenas 2.100. O sistema prisional do Estado é proporcionalmente o mais superlotado do Brasil, com *déficit* de agentes penitenciários e policiais militares para a segurança e o monitoramento.

No Piauí, 66% dos detidos estavam em prisão preventiva, a maior taxa no país. Além da superlotação e das más condições das cadeias, a tortura foi classificada pela ONG *Human Rights Watch* como um problema crônico nas delegacias de polícia e nas prisões brasileiras. A situação era ainda mais crítica porque os agentes da lei que cometiam abusos contra os presos raramente respondiam judicialmente pelos crimes.

Insta salientar que, somente entre 2009 e 2011, o CNJ registrou a existência de 180 cadáveres cujas mortes simplesmente “*não possuíam causa*”, o que, estatisticamente, era um número, proporcionalmente, muito superior aos mortos e desaparecidos em horrendas torturas durante todos os 20 anos de vigência do Regime Militar, e, o que era mais grave, estavam ocorrendo no *presente*, não representando meras ilações históricas.

O Relatório Mundial de Direitos Humanos, edição de 2014, elaborado pela ONG *Human Rights Watch* (HRW, 2014), apresentou os desafios que o país ainda precisa enfrentar, como a **violência policial**, o uso da tortura e

a superlotação das prisões. As práticas abusivas de policiais brasileiros eram motivos de preocupação. De acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 1890 pessoas morreram em operações policiais no Brasil em 2012, uma média de cinco pessoas por dia. A situação precária dos presídios do país – que ganhou destaque internacional com a crise no Maranhão – também preocupava.

O próprio ministro da Justiça daquele momento político, José Eduardo Cardozo, em 13 de novembro de 2012, afirmou: “Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer” (G1, 2012). Disse também que os presídios no Brasil “são medievais” e “escolas do crime”, “quem entra em um presídio como pequeno delinquente muitas vezes sai como membro de uma organização criminosa para praticar grandes crimes” (G1, 2012). E observou ainda que “temos um sistema prisional medieval que não é só violador de direitos humanos, ele não possibilita aquilo que é mais importante em uma sanção penal, que é a reinserção social” (G1, 2012).

Mais grave, ainda, talvez fosse o fato de que esta insustentável situação tinha sido constantemente utilizada como motivação judicial para a denegação de processos de extradição de brasileiros foragidos no exterior, o que projeta o Brasil no cenário internacional, em um certo sentido, não a uma nação moderna que lutava pela defesa dos direitos humanos, mas como um país altamente subdesenvolvido e com práticas medievais.

Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal, em entrevista ao Jornal Folha de São Paulo, de 29 de outubro de 2014, declarou que a desigualdade que existe na sociedade brasileira se manifesta de forma muito visível no sistema penitenciário. Barroso disse também que a sua visão é extremamente crítica, “pois do ponto de vista filosófico, é um sistema de classes, feito para punir pobres. É muito mais fácil condenar um jovem de 18 anos, por estar com 100 gramas de maconha, do que um agente público ou um empresário que cometa uma fraude de um milhão de reais”.

O ministro ainda ressaltou que ninguém deveria ser condenado ou perseguido por ser rico ou culto, assim como ninguém deveria ser condenado ou perseguido por ser pobre ou inculto. Não entendeu como injusto permitir que o trabalho, o estudo e a leitura deem direito de progressão ao preso. O que pensou ser injusto foi que existam pessoas que não tenham condições de trabalhar, estudar ou ler. Mas essa culpa não era exclusiva do sistema de execuções penais. Barroso interpretou, nessa mesma linha, que um bom projeto de país consistia em elevar as condições de vida de quem não teve acesso e não, evidentemente, puxar para baixo quem teve, posto que, um igualitarismo às avessas não faria qualquer sentido.

Sobre a pergunta “o senhor acredita que a atual legislação cria uma sensação de impunidade na sociedade, uma vez que ela recebe notícias de presos que chegam a ser esquecidos nas cadeias após o cumprimento de suas penas, e outros que, mesmo condenados a quase oito anos de prisão, deixam a cela em menos de um ano?”, o ministro respondeu que “nas sociedades plurais e complexas não existem escolhas juridicamente simples ou moralmente baratas. Tudo tem um preço, um custo. É a sociedade que tem de definir quanto ela pode e quer gastar com o sistema prisional, a defensoria pública, com assistência social etc. E ter, sobretudo, a visão clara de que a lei vale para todos, com o máximo de igualdade possível. Eu não posso deixar de dar prisão domiciliar a quem tem direito, porque uma grande quantidade de pessoas não gosta particularmente de um condenado. É para isto que existem juízes constitucionais: para fazer o que é correto e justo, mesmo onde exista ódio” (MOTTA, 2014).

Em conclusão, Barroso afirmou que a democracia brasileira estava em um momento de amadurecimento, com maior participação e consciência cívica, sendo estas as suas palavras:

“Estamos questionando e refletindo sobre muitas coisas. É preciso incluir, nessa lista, uma ampla reflexão filosófica e normativa sobre o sistema punitivo. Quanto de Direito Penal? Para quem o Direito Penal? E adequar as normas à nova criminalidade existente e às demandas de celeridade da sociedade” (MOTTA, 2014).

A realidade das instituições prisionais brasileiras em 2018

De modo a contribuir para a obtenção das estatísticas frente às instituições prisionais brasileiras, o Conselho Nacional de Justiça atualizou o Banco Nacional de Monitoramento dos Presos (BNMP 2.0), para alcançar a percepção de dados condizentes com a realidade carcerária, no sentido da atualização de todos os possíveis dados dos presos, como o tipo de prisão e o tipo de regime que está sendo cumprido, o tipo de delito, quantidade de homens e mulheres e os seus perfis, objetivando, assim, de forma prática e programática, o desenvolvimento de políticas públicas; eficaz e ostensivo. (CNJ, 2018)

Segundo os dados do BNMP, em consonância do CNJ, apurados no dia 6 de agosto de 2018, existem, aproximadamente, no Brasil, cerca de 602.217 presos, sendo que 95% dessa população é de homens e 5% é de mulheres. Desse total, aproximadamente 30% possui entre 18 e 24 anos; 40% são de presos provisórios e 27% respondem, geralmente, pelo delito de roubo. (CNJ, 2018)

Os tipos de penas mais recorrentes aos presos são cerca de 27% por roubo, 24% por tráfico de drogas, 11% por homicídio, 8% por furto, 4% por posse, disparo e comércio de arma de fogo ilegal e 3% por estupro. (CNJ, 2018)

Segundo os dados retirados do Conselho Nacional de Justiça e que foram disponibilizados no BNMP, no que tange à natureza penal dos delitos, aproximadamente 40% são presos provisórios, 24% são condenados em execução provisória e 35% são condenados em execução definitiva. Já em relação aos presos condenados por regime, 74% cumprem pena em regime fechado, 24% em regime semiaberto e 1% em regime aberto. (CNJ, 2018)

Restringindo-se a pesquisa por estados da federação, de acordo com as estatísticas realizadas no ano de 2018, o estado de Minas Gerais possui a segunda maior população prisional do País, totalizando cerca de 60 mil presos, estando atrás apenas do estado de São Paulo, que possui por volta de 170 mil detidos. Todavia, quando se refere à proporção, limitada ao tamanho da população, os estados que possuem taxas mais elevadas no País são Mato Grosso do Sul e Acre, enquanto que os que possuem o menor número de presos, quando comparado à quantidade de sua respectiva população, são Alagoas e Bahia. (CNJ, 2018)

Em virtude disso, é possível perceber que a realidade carcerária de cada estado é desproporcional, quando comparada com cada número populacional. E, justamente, no intuito de tentar equacionar o problema instaurado, o BNMP, enquanto ferramenta, visa ao estabelecimento de políticas públicas, que, realizadas com inteligência, podem reduzir o desnível, bem como diminuir o número da população carcerária vigente no País.

Acordante com os dados demonstrados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, no que se refere ao perfil dos presos, especificamente, a cor de pele, cerca de 64% da população prisional é composta por negros e a maior população carcerária negra se encontra entre os estados do Acre, totalizando aproximadamente em 95%, do Amapá, com média de 91% e da Bahia, em torno de 89%. Em relação ao tópico escolaridade dos detentos, estima-se que 75% não chegaram ao ensino médio e menos de 1% dos presos possuem graduação. (INFOPEN, 2016)

Diante de um cenário internacional em consonância com os dados elencados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, evidencia-se que o Brasil representa o terceiro país do mundo com a maior população carcerária, apenas atrás dos Estados Unidos da América (EUA) e China. A Rússia, por sua vez, é tida como o quarto país com o maior contingente carcerário. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu

para 352.6 indivíduos em junho de 2016, pois em 2014 era de 306.22 pessoas presas para o mesmo total. (INFOPEN, 2016)

No tocante aos crimes contra a dignidade sexual, 25.821 pessoas foram levadas à prisão, nos quais 4.804 são presos pelo delito de violência doméstica e 11.556 são encarcerados pelos delitos de sequestro e cárcere privado, conforme indicam as estatísticas do INFOPEN, consoante o ano de 2017. (INFOPEN, 2017)

Associada a isso, a violência nas prisões é uma realidade, ainda, constante no Brasil, pois, no ano de 2017, o Exército Brasileiro apreendeu 10.882 armas em um total de 31 prisões, as quais alojavam 22.910 pessoas, isto é, a metade da população carcerária brasileira se encontra armada. Os massacres do ano de 2017, deixaram mais de 100 presos mortos, face à guerra de facção entre o Primeiro Comando da Capital (PCC) de São Paulo e Comando Vermelho (CV) do Rio de Janeiro, isso segundo matéria coletada da revista ISTOÉ, no dia 10 de Janeiro de 2018. Nesse diapasão, evidencia-se que, muito embora os detentos estejam sobre a observação tanto do estado quanto de seus agentes penitenciários, tendo em vista a superlotação dos presídios, a guerra entre as facções acaba terminando em violência e morte dentro dos próprios presídios.

Conforme consta na matéria produzida pela revista Exame, no dia 3 do ano de 2018:

“O ano de 2018 começa de forma parecida com 2017: rebeliões e mortes em **presídios**. Se no ano passado, as cenas de barbárie foram na penitenciária Estadual de Alcaçuz, com 26 mortos (muito deles degolados), agora o problema acontece na Colônia Agroindustrial do Complexo Prisional de Aparecida de **Goiânia**.” (EXAME, 2018).

Consoante as pesquisas as quais foram realizadas pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, a população carcerária totaliza aproximadamente 704.395 presos, em detrimento de uma capacidade inferior, suportando tão somente um total de 405.960 e, na hipótese de contabilizar aqueles que se encontram presos em carceragens da Polícia Civil, o total ultrapassa a 750 mil, conforme levantamento realizado pelo G1 (G1, 2019), o que se dá em comparação ao ano de 2014, o qual totalizava em 607.731 presos para um total de vagas de 376.669, segundo Departamento Penitenciário Nacional realizado em 2014. (DEPEN 2014)

Acordante com o Relatório da ONG Human Rights Watch (HRW), no ano de 2017, ao que se refere às violências prisionais, nota-se que embates “[...] crônicos de Direitos Humanos continuam a prejudicar o sistema de justiça criminal brasileiro”, e o que contribui para essas barbáries prisionais se

elevarem são as facções criminosas, porque muitos presos constituem alianças no sentido de proteção, tendo em vista a sensação de desamparo estatal, sobretudo, quanto ao abuso de poder das atividades policiais e às execuções extrajudiciais, isto é, as somas desses fatores correspondem a contributivos para a manutenção e aumento da rotina bélica nas prisões brasileiras. A título de exemplo, as atuações policiais com base no uso da força mataram 3.345 pessoas no ano de 2015, refletindo-se em um aumento de 6% se comparado com o ano de 2014.

Conclusão

Hodiernamente, de fato, temos vergonha de nossas prisões, pois, mais uma vez, no Mutirão do Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que as chocantes e medievais instituições prisionais brasileiras permitem a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana: presos algemados por até 30 dias em corredores, sem banho ou visitas, com fezes que escorrem pelo corpo, estão entre as situações encontradas pelos mutirões deste ano.

Tal realidade paradoxal - na era dos “consagrados direitos humanos” - não parece tão diferente das encontradas nas masmorras medievais e nas fortalezas construídas no início do século XIX nos limites e no centro das cidades, em que muros, células e ferrolhos representavam um trabalho de “ortopedia social”, voltado para “modelar” os indivíduos desviantes das normas e condutas “dos homens de bem”.

Enquanto se consomem elevados recursos, tempo e mobilizações nos âmbitos federal, estadual e municipal para investigar as graves violações de direitos humanos ocorridas há quase meio século – e, portanto, pertinentes ao âmbito exclusivamente *histórico* -, muito mais *graves* (até porque atuais) *violações de direitos humanos* continuam a ser, sistematicamente, perpetradas no Brasil nos mais variados setores da sociedade civil – incluindo a contínua perseguição de minorias como os negros, homossexuais, indígenas etc, além da manutenção do preconceito de gênero e intolerância religiosa -, e especificamente, conforme mais uma vez constatou o CNJ, nas chocantes e medievais instituições prisionais brasileiras, que permitem a absoluta e recorrente degradação da dignidade humana.

Tal como no passado, agentes do Estado oficial ou mesmo “paralelo” ignoram os mais elementares direitos constitucionais expressa e legitimamente assegurados para todo o povo brasileiro para, ao seu próprio sentimento, quer por ações comissivas, quer por simples omissões, perpetrarem as mais bárbaras ações, que podem ser minimamente verificadas por *sites* estatísticos (mais de

600 homossexuais assassinados nos últimos dois anos, segundo relatórios do Grupo Gay da Bahia – GGB), ou presos que, apenas após simples interrogatório, conforme constatou o CNJ, encontram-se ilegalmente presos por mais de seis anos, muitos algemados por mais de 30 dias nos corredores das cadeias, sem banho ou visitas e defecando sobre seus próprios pés, e muitos, ainda, que fazem seus curativos com papel higiênico, quando encontram, por sorte, uma folha do precioso bem.

A realidade do sistema prisional brasileiro, analisada pelo Relatório Mundial e pela ONG “Human Rights Watch”, tendo-se como objeto o período compreendido entre 2014 até o final do ano de 2018, evidencia a manutenção de condições carcerárias insalubres à sobrevivência dos detentos, os quais, também, são dotados de direitos e deveres.

Na contramão do que se espera em termos de direitos humanos, esse cenário cresceu em pontos negativos, devendo-se, inclusive, à ausência de investimento de capital por parte do Estado, restando abandonados os presídios sob sua custódia, de modo que torna flagrante a incapacidade de efetivação de sua finalidade originária; a de ressocialização do indivíduo.

O atual sistema prisional brasileiro tem como primazia a reinserção social do agente que cometeu uma conduta ilícita, este é afastado da sociedade, é conduzido para a prisão e, mediante o cumprimento de sua pena, é tido como “livre”. Nesse sentido, a expressão ressocializar, para o Direito Penal pátrio, tem o significado de aptidão do agente, encontrando-se preparado e em condições suficientes para retornar ao convívio em sociedade, isto é, com a coletividade.

Contudo, em razão das condições hodiernas do sistema prisional, a percepção desse objetivo final tem se tornado cada vez mais obstaculizada, pois suas condições estruturais e básicas não contribuem para a produção dos efeitos originariamente pretendidos, eis que, os detentos não possuem o mínimo para, ali, existirem com dignidade. Em primeiro lugar, seus direitos são desrespeitados em termos de saúde, enquanto mantidos sob condições insalubres, na mesma trilha, a violência opera pelos corredores, o que repercute em constante precarização da pessoa humana.

Não se pode olvidar, repita-se, que a essência do vigente Código Penal opera através da função de ressocialização, também, no intuito de propiciar que o indivíduo possa rever suas demasiadas condutas, as quais são consideradas contrárias à lei, ao desejo de que aquele ilícito – e nenhum outro mais - não ocorra futuramente. Em outras palavras, a punição quer se valer de exemplo, como se fosse uma espécie de espelho para que outros não mais a cometam, já que o Código Penal regulamenta toda a sociedade, e a ela se estende.

Além da questão médica e da violência, a superlotação dos presídios não é um tema atual e somente tem demonstrado crescimento. Nota-se que a capacidade máxima permitida, geralmente, não costuma ser observada. Há um abarrotado de indivíduos, os quais estão residindo em um local cuja capacidade já fora ultrapassada, mas que continua a receber presos em grande escala. Trata-se de um fenômeno de “gente demais para pouco espaço”, conforme expressão do dito popular, cujos efeitos são potencializados em virtude da falta de fiscalização.

De fato, ao fechar os olhos, o Estado oferece escusa à relação direta que deve manter com os presídios, pois é ele o seu responsável, carregando a obrigação de realizar fiscalizações, manutenções, inspeções e reformas nos sistemas prisionais, sobretudo, para assegurar os direitos e garantias fundamentais contidos na Lei Maior.

Ainda que tal situação seja vislumbrada como um fato social, o Estado não pode descrever e cancelar o tratamento de detentos como uma espécie humana descartável, sequer com o desfrute do mínimo existencial, assim como prevê e assegura a Carta Magna. Isto, pois, a dignidade da pessoa humana, enquanto essência do teor Constitucional Cidadão de 1988, não pode ser mitigada sob o universo prisional. Ainda que operacionalizado um crime, o seu executor tem de ser respeitado na condição humana, certamente, passível da dotação de direitos e deveres.

Encontrar a dignidade da pessoa humana nos atuais sistemas prisionais é de uma tarefa árdua, haja vista que o que se nota é um verdadeiro contraste em comparação com o que preleciona a Constituição Federal e todos os avanços relativos à configuração e promoção de direitos humanos. Realidade esta que o Estado tem o dever de equacionar.

Referências

- ALVAREZ, Marcos. **Controle social: notas em torno de uma noção polêmica**. Aproximação. 2º semestre de 2013, nº 6. Disponível em: <<http://ifcs.ufrj.br>>. Acesso em: 12 dez. 2014.
- CARLOS, João. **País tem superlotação e falta de controle nos presídios**. Senado Notícias. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/01/pais-tem-superlotacao-e-falta-de-controle-dos-presidios>>. Acesso em: 24 mai. 2019.
- CONSULTOR JURÍDICO. **Superlotação carcerária e violência policial preocupam no Brasil, diz ONG**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017/01/superlotacao-carceraria-violencia-policial-preocupam-ong>>. Acesso em: 27 mai. 2019.
- CNJ. **CNJ divulga dados sobre a nova população carcerária**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/2014/06/cnj/28746-cnj-divulga-dados-sobre-nova-populacao-carceraria>>. Acesso em: 20 nov. 2014.
- CNJ. **BNMP 2.0 revela o perfil da população carcerária brasileira**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/2018/08/noticias/cnj/87316-bnmp-2-0-revela-o-perfil-da-populacao-carceraria-brasileira>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CNJ. **Mutirão Carcerário regional no presídio Urso Branco – Rondônia.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/2014/02/images/programas/mutirao-carcerario/relatorios/Relatorio_Mutirao_RONDONIA_reduzido.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

CNJ. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/2014/06/>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

CNJ. **Sistema carcerário e execução penal.** Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/2008/08/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-mutirao-carcerario>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

DEPEN. **Ministério da Justiça divulgará novo relatório do INFOPEN nesta terça-feira.** Disponível em: <www.justica.gov.br/2014/06/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 30 mai. 2019.

DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias.** Disponível em: <http://depen.gov.br/2016/06/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_221111.pdf>. Acesso em: 24 mai. 2019.

INFOPEN. **Apresentação Coletiva.** Disponível em: <<http://depen.gov.br/2017/12/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/apresentacao-coletiva-08-12-2017.pdf/view>>. Acesso em: 30 mai. 2019.

EXAME. **2018 começa com violência e superlotação em presídio de Goiás.** Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/2018/01/brasil/violencia-e-superlotacao-em-presidio-de-go/>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas.** Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 1989.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão.** Trad. Lígia M. Pondé Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1987.

G1. **Brasil o número de presos em 11 anos, diz levantamento; de 726 mil detentos, 40% não foram julgados.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/2017/12/politica/noticia/brasil-dobra-numero-de-presos-em-11-anos-diz-levantamento-de-720-mil-detentos-40-nao-foram-julgados.ghtml>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

G1. **Ministro da Justiça diz que 'preferia morrer' a ficar preso por anos no país.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/2012/11/sao-paulo/noticia/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>>. Acesso em: 26 jan. 2014.

G1. **Sobe para três o número de mortos em rebelião em presídio no Recife.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/2015/01/pernambuco/noticia/sobe-para-tres-numero-de-mortos-em-rebeliao-em-presidio-no-recife.html>>. Acesso em: 22 jan. 2014.

G1. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no país.** Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2014.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2014/country-chapters/259992>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial de 2017.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2017/country-chapters/298766>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Relatório Mundial 2018.** Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2018/country-chapters/313303>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

ICPS. **Brasil tem a 3º maior população carcerária do mundo.** Disponível em: <<https://www.epochtimes.com.br/2014/08/brasil-tem-3-maior-populacao-carceraria-mundo/>>. Acesso em 24 mai. 2019.

ISTOÉ. **Presídios brasileiros, uma antologia de violência sem tregua.** Disponível em: <<https://istoe.com.br/2018/01/presidios-brasileiros-uma-antologia-de-violencia-sem-tregua/>>. Acesso em: 26 mai. 2019.

JUSTIFICANDO. **CNJ divulga os mais recentes dados sobre a população carcerária no Brasil.** Disponível em: <<http://www.justificando.com/2018/08/cnj-divulga-os-mais-recentes-dados-sobre-a-populacao-carceraria-no-brasil/>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

MOTTA, Severino. **Entrevista com Luís Roberto Barroso, ministro do Supremo Tribunal Federal.** Folha de São Paulo. FOLHA DE SÃO PAULO. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/39993-prisao-domiciliar-da-sensacao-de-impunidade-diz-barroso.shtml>>. Acesso em: 12 dez. 2014.

O GLOBO. **Mutirões do CNJ apontam degradação nas prisões.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/2014/10/brasil/mutiroes-do-cnj-apontam-degradacao-nas-priso-es-14393307#ixzz3IJXAW0kJ>>. Acesso em: 12 nov. 2014.

SALOMÃO, Patrícia. **O Princípio do devido processo legal.** Juris way. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/2008/10/v2/dhall.asp?id_dh=866>. Acesso em: 20 dez. 2014.

VELASCO, Clara; REIS, Thiago. **Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no país.** G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/2019/04/monitor-da-violencia/noticia/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

VERDÉLIA, Andreia. **Com 726 mil presos, Brasil tem a terceira maior população carcerária do mundo.** Agência Brasil. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/2017/12/geral/noticia/populacao-carceraria-do-brasil-sobe-de-622202-para-726712-pessoas>>. Acesso em: 24 mai. 2019.

Informações Gráficas

Formato: 16 x 23cm

Mancha: 11,5 x 21cm

Tipologia: Adobe Garamond Pro

Papel: AP90 g/m² (miolo) – Triplex 250 g/m² (capa)

Tiragem: 100 exemplares

Projeto editorial, impressão e acabamento: Editar Editora Associada – Juiz de Fora/MG

Tel.: (32) 3213-2529 – (32) 3241-2670 – www.editar.com.br – contato@editar.com.br

Impresso em junho de 2019