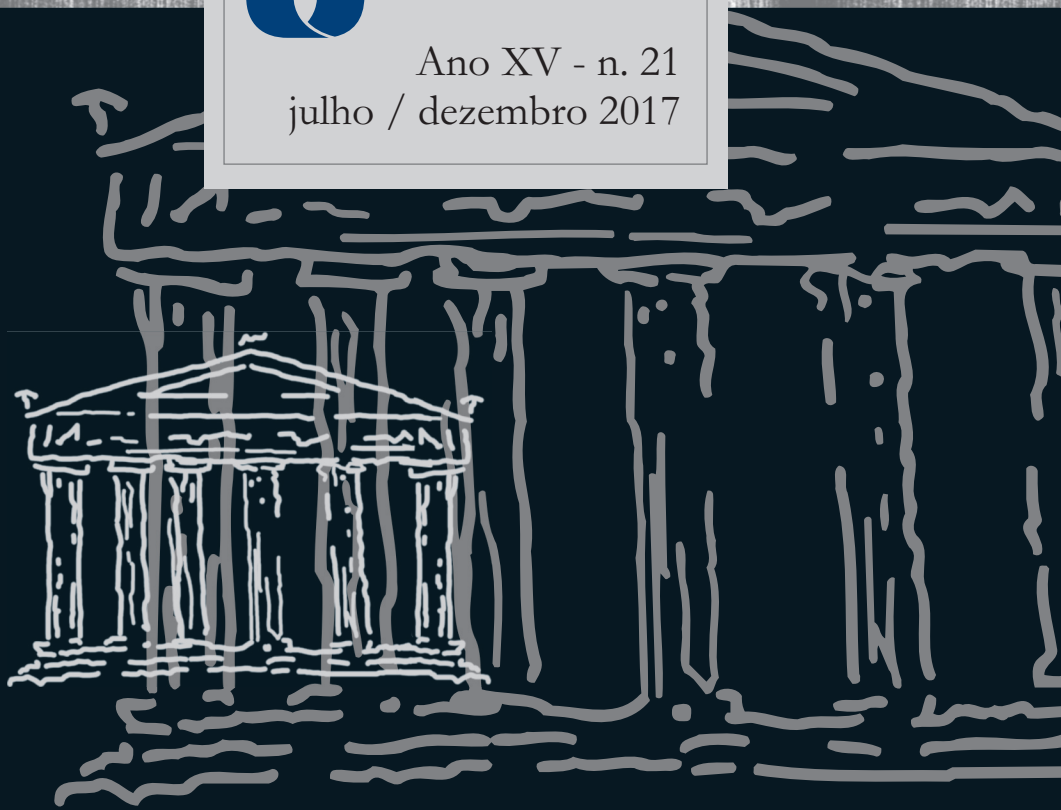


ISSN 1806-0420

REVISTA  
OPINIÃO  
JURÍDICA



Ano XV - n. 21  
julho / dezembro 2017



# REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



# REVISTA OPINIÃO JURÍDICA



Fortaleza, 2017

---

Revista Opinião Jurídica  
Ano 15, no. 21 (jul./dez. 2017) – Fortaleza:  
Unichristus, 2017.

Semestral

ISSN 1806 – 0420  
e-ISSN 2447 – 6641

1. Direito - Periódicos. I. Centro Universitário  
Christus - Unichristus.

CDD 340

Dados internacionais de catalogação na publicação (CIP).

---

Impressão  
Gráfica e Editora LCR Ltda.  
Rua Israel Bezerra, 633 - Dionísio Torres - CEP 60.135-460 - Fortaleza – Ceará  
Telefone: 85 3105.7900 - Fax: 85 3272.6069  
Site: [www.graficalcr.com.br](http://www.graficalcr.com.br) – e-mail: [atendimento01@graficalcr.com.br](mailto:atendimento01@graficalcr.com.br)

**Reitor**

José Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Administração e Planejamento**

Estevão Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Graduação**

Mauricio Lima de Carvalho Rocha

**Pró-Reitor de Pesquisa e Pós Graduação**

Marcos Kubrusly

**Pró-Reitor de Extensão**

Rogério Frota Leitão dos Santos

**Editora-Chefe**

Dra. Fayga Bedê

**Editora-Adjunta**

Me. Ana Luisa Demoraes Campos

**Editor-Assistente**

Lucas Helano Rocha Magalhães

**Editores-Associados**

- Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autônoma de Lisboa – UAL, Lisboa – Portugal)  
Me. Diego de Paiva Vasconcelos (UNIR – Porto Velho, RO – Brasil)  
Dr. Emerson Gabardo (UFPR – Curitiba, PR – Brasil)  
Me. Gustavo Fernandes Meireles (Université d'Évry Val d'Essonne, Évry – França)  
Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)  
Dr. Isaac Costa Reis (UFSB – Porto Seguro, BA – Brasil)  
Dra. Leilane Serratine Grubba (CESUSC – Florianópolis, SC – Brasil)  
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP – Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP – Brasil)  
Dr. Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)  
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU – Uberlândia, MG – Brasil)  
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA – São Paulo, SP – Brasil)  
Me. Tércio Aragão Brilhante (UNIFOR – Fortaleza, CE – Brasil)

### Comissão Editorial

Dr. Alexandre Antonio Bruno da Silva (UNICHRISTUS, UECE – Fortaleza, CE – Brasil)

Dr. Alexandre Fernandes Dantas (Universidade Estácio de Sá, UNESA – Rio de Janeiro, RJ – Brasil)

Dr. Altamirando Pereira da Rocha (Universidade Federal de Uberlândia – Uberlândia, MG – Brasil)

Me. Ana Paula Pinto Lourenço (Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, Lisboa – Portugal)

Dra. Ana Stela Vieira Mendes Câmara (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Dr. Antonio Baptista Gonçalves (Escola Paulista de Política, Economia e Negócios, EPPEN – São Paulo, SP- Brasil)

Dr. Antonio Celso Baeta Minhoto (USCS – São Paulo, São Caetano do Sul, SP – Brasil)

Me. Antonio Torquillo Praxedes (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)

Dra. Bárbara Silva Costa (Centro Universitário Ritter dos Reis – Porto Alegre, RS – Brasil)

Dra. Cláudia Sousa Leitão (UECE – Fortaleza, CE – Brasil)

Dr. Clóvis Gorczewski (UNISC – Santa Cruz do Sul, RS – Brasil)

Dr. Daniel Francisco Nagão Menezes (Universidade Presbiteriana Mackenzie – Campinas, SP; UFPR – Curitiba, PR; UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Dra. Danielle Annoni (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Dr. Diego Richard Ronconi (Universidade do Vale do Itajaí – Florianópolis, SC - Brasil)

Dr. Edson Kiyoshi Nacata Junior (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte, MG – Brasil)

Dra. Elaine Harzheim Macedo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, RS – Brasil)

Dr. Élcio Nacur Rezende (Escola Superior Dom Helder Câmara – Belo Horizonte, MG – Brasil)

Dr. Emerson Gabardo (UFPR – Curitiba, PR – Brasil)

Dra. Érika Pires Ramos (UEPB/ UNISANTOS/UNIMEP – São Paulo, SP – Brasil)

Dr. Etienne Picard (PARIS I – SORBONNE – Paris, France)

Dr. Everton das Neves Gonçalves (UFSC- Florianópolis, SC – Brasil)

Dr. Fabrício Bertini Pasquot Polido (UFMG- Belo Horizonte, MG – Brasil)

Dra. Fernanda Busanello Ferreira (UFG- Goiânia, GO – Brasil)

Dra. Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros (Unilasalle, FADERGS e PUC – Porto Alegre, RS - Brasil)

Dr. Flávio José Moreira Gonçalves (UFC/ UNICHRISTUS/UNIFOR – Fortaleza, CE – Brasil)

Dr. Friedrich Müller (Universidade de Heidelberg – Heidelberg – Alemanha)

Dra. Gabrielle Bezerra Sales (PUC-RS – Brasil)

Dra. Germana Parente Neiva Belchior (UNI7 – Fortaleza, CE – Brasil)

Dra. Gloria Cristina Flórez Dávila (Universidad Major de San Marco – Lima, Peru)

Dra. Gretha Leite Maia (UFC – Fortaleza, CE – Brasil)

Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)

Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUC – Porto Alegre, RS – Brasil)  
Dr. Isaac Costa Reis (UFSB – Porto Seguro, BA – Brasil)  
Dra. Jamile Bergamaschine Mata Diz (Universidade de Itaúna – Itauna, MG – Brasil)  
Dra. Joana Stelzer (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)  
Dr. João Luís Nogueira Matias (UFC – Fortaleza, CE – Brasil)  
Dr. João Maurício Adeodato (UFPE – Recife, PE – Brasil)  
Dr. José Calvo González – (Universidad de Málaga- Málaga, Espanha)  
Me. José Edmar da Silva Ribeiro (UFC – Fortaleza, CE – Brasil)  
Dr. José Francisco de Assis Dias (Universidade Estadual de Maringá – Maringá, PR – Brasil)  
Dr. Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho (FGV, PUC – São Paulo, SP – Brasil)  
Dr. Juraci Mourão Lopes Filho (UNICHRISTUS – Fortaleza, CE – Brasil)  
Dr. Leonardo Netto Parentoni (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte, MG – Brasil)  
Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Universidade Luterana do Brasil – Canoas, RS – Brasil)  
Dr. Luciano Nuzzo (Università del Salento – Itália)  
Dr. Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (Centro Universitário de Brasília, UniCEUB – Brasília, DF – Brasil)  
Dra. Maurinice Evaristo Wenceslau (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul - Campo Grande, MS – Brasil)  
Dr. Nelson Finotti Silva (UNIVEM – Marília, SP – Brasil)  
Dr. Nitish Monebhurrun (UNICEUB – Brasília, DF – Brasil)  
Dr. Octávio Campos Fischer (UNIBRASIL – Curitiba, PR – Brasil)  
Dr. Oksandro Osdival Gonçalves (PUCP – Curitiba, PR – Brasil)  
Dr. Paulo Bonavides (UFC – Fortaleza, CE – Brasil)  
Dr. Paulo Ferreira da Cunha (FDUP – Porto, Portugal/ USP – São Paulo, SP/Brasil)  
Dr. Rafael Santos de Oliveira (UFSM – Santa Maria, RS – Brasil)  
Dra. Renata Giovanoni Di Mauro (Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – São Paulo, SP - Brasil)  
Dr. Renato Duro Dias (Universidade Federal do Rio Grande – Rio Grande, RS – Brasil)  
Dr, Rennan Faria Kruger Thamay (FADISP, São Paulo, SP – Brasil)  
Dr. Roberto Bueno Pinto (UFU – Uberlândia, MG – Brasil)  
Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas (UNINOVE / MODERA – São Paulo, SP – Brasil)  
Dr. Roberto da Silva Fragale Filho (UFF – Niterói, RJ – Brasil)  
Dra. Vera Lucia da Silva (UFSC – Florianópolis, SC – Brasil)  
Dr. Willis Santiago Guerra Filho (UNIRIO – Rio de Janeiro, RJ – Brasil)  
Dra. Yvete Flávio da Costa (UNESP – Franca, SP – Brasil)

### **Bibliotecárias Responsáveis**

Tusnelda Maria Barbosa

Patrícia Vieira Costa



**Revisão de Língua Portuguesa**  
Ellen Lacerda Carvalho Bezerra  
Heitor Nogueira da Silva  
Helena Cláudia Barbosa  
Idália Cavalcanti Parente (coord.)  
Maria Gleiciane Araújo  
Maria Tatiana Silva de Sousa  
Silvana Rodrigues de Oliveira

**Capa**  
Ivina Lima Verde

**Coordenação de Design**  
Jon Barros

**Projeto Gráfico/ Diagramação**  
Juscelino Guilherme

**Correspondência**  
Unichristus  
Editoria da Revista Opinião Jurídica  
Avenida Dom Luís, 911 - 1º andar  
Aldeota - CEP 60.160-230 - Fortaleza - Ceará  
Telefone: 85 3457.5396  
e-mail: [opiniaojuridica01@unichristus.edu.br](mailto:opiniaojuridica01@unichristus.edu.br)

## EDITORIAL

### COLÓQUIO DESCONCERTANTE ENTRE UM AUTOR E SUA CONSCIÊNCIA: COMO MÁIS PRÁTICAS DE PESQUISA SE VOLTAM CONTRA OS PESQUISADORES

– É tarde demais para revisar meu artigo. O prazo está no limite. Vou mandar de qualquer jeito. Eu só não posso é deixar de enviar. O resto depois se vê. Afinal, editor existe para quê?

– Mas Clarice Lispector revisava 8, 9 vezes cada um de seus livros. E Gabriel Garcia Márquez, quando já era autor maduro, repisava parágrafo por parágrafo, frase por frase, palavra por palavra.

– Ah, mas isso é cacoete de escritor. Coisa de artista. Eu sou só pesquisador. Esse pessoal não tinha contas a prestar com a Capes, não tinha um PPG cobrando meta de pontos todo fim de semestre, não perdia noite de sono, pensando na Plataforma Sucupira, aliás, eu duvido de que algum deles se criasse lá no meu programa...

– Pode até ser, mas você vai mandar o seu *abstract* nesse estado? Parece até que você tirou do Google Tradutor, não tem pé nem cabeça: você não acha que vai pegar mal?

– Que nada. Pega mal se eu não mandar *abstract* nenhum. Mas, se a gente manda o do Google, já presta uma satisfação, entende? Já mostra que o autor se preocupou. E depois, tradutores são caríssimos. Se eu for mandar traduzir tudo que eu tenho que publicar, lá se foi o salário do mês. Era só o que faltava.

– Escuta, mas você ao menos pôs o material no formato da revista? Você colocou as referências e as citações dentro das normas da ABNT?

– Mas onde você está com a cabeça? Essas revistas têm gente só para isso. Se eu fizer no lugar delas, vou estar tirando o emprego de alguém.

– Bem, se você não pôs o artigo na formatação, deve ter tido mais tempo para investir no conteúdo, não é mesmo?

– TEMPO? Tempo é artigo de luxo, criatura. E eu estou é perdendo o meu, aqui com você. Conversa mais esquisita. Parece até que não sabe a correria que é a vida de professor. Prova para elaborar, prova para corrigir. Orientando para atender, trabalho para revisar. Aula para preparar, plano de ensino por fazer – e ainda tem que pontuar. Quem tem tempo para quê?

– Eu sei. Melhor do que ninguém, eu sei: não tem sido fácil. Mas tem uma coisa que não me sai da cabeça, mesmo assim. Parece uma goteira. [...] Melhor mudar de assunto, não quero te martirizar.

– *Fala.*

– É que fica uma ideia martelando a minha cabeça, cada vez que a gente submete um artigo *nesse estado*: fico pensando nos seus editores.

– Como assim, nos *meus editores*?

- Pois então. Os editores das revistas que publicam os seus artigos, ora. Andei pensando que eles também devem ser professores, assim como a gente. Devem ter o tempo bem contadinho, que nem o nosso. É o pior: provavelmente, são até pesquisadores, ou seja, andam nessa mesma roda-viva, tentando se equilibrar entre correção de provas, orientações e metas de produtividade de pesquisa – com o agravante de que eles ainda têm uma revista para carregar nas costas.

- Estava demorando.

- Você pediu, agora escute. Quando você não revisa o seu próprio texto, é o seu editor quem assume essa tarefa. Se você não formata o seu artigo, de novo, vai sobrar para ele. E se você nem sequer garante uma tradução de confiança para o seu *abstract*, adivinhe quem vai ter de esquentar a cabeça? Agora, me explique: se você – que é o autor – não tem tempo para fazer isso, *nem pelo trabalho que carrega seu nome*, de onde o editor vai tirar tempo para fazer, no seu lugar, o que era seu dever de autor? E se todo mundo tiver a mesma ideia brilhante que você? Pode apostar, se todos os autores decidirem poupar seu precioso tempo às custas do tempo do editor, pronto: vai ser o caos. Não vai ter revista que saia no prazo, porque todas as encrucas que cada autor deveria ter resolvido, por si só, vão estourar no lombo do mesmo cidadão. Depois você ainda se admira que as respostas demorem tanto a chegar. E por falar nisso: você já lembrou de avaliar artigos para as revistas em que quer publicar? Ah, não? Pois eu tenho a impressão de que se todo autor que quisesse ser publicado lembrasse de se oferecer para avaliar os artigos dos demais, as respostas das revistas chegariam em semanas, não em meses ou em anos...

- Assim, você está me deixando constrangido. Ainda mais agora, que eu acabei de submeter meu artigo para um monte de periódicos... Já estava tudo combinado com o meu coautor – era só pedir cancelamento nas outras revistas, assim que a primeira aprovasse. Um amigo me disse que faz isso sempre, só para dar uma agilizada nas publicações dele...

- Eu imagino que você e o seu amigo nunca leram as normas de submissão das revistas antes de clicar no botão “submeter”. É que se tivessem lido as regras, antes de sair dando “ok” em tudo, já teriam percebido que quase todos os portais de periódicos têm uma cláusula que proíbe submissões simultâneas. Parece antipático, mas é exatamente para evitar o desperdício de tempo por parte de todos os editores que acabam trabalhando à toa em artigos que vão ser cancelados, bem no meio do processo, por autores como o seu amigo.

- Mas todo mundo faz...

- Todo mundo, não. Só quem não pensa nos outros. Porque quem tem consciência, *como você*, sente a cabeça latejar na hora do travesseiro.

- Algo me diz que teremos uma longa noite pela frente.

**Prof. Dra. Fayga Bedê**  
Editora-Chefe da Revista Opinião Jurídica

# SUMÁRIO

## **EDITORIAL**

### **PRIMEIRA PARTE – DOCTRINA NACIONAL**

Subindo a Escada: o Uso Estratégico de Padrão Estrangeiro para o Aperfeiçoamento da Liberdade de Expressão na Internet ..... 13

*Alice Rocha da Silva, Filipe Rocha Martins Soares*

O Impacto da Desvinculação de Receitas da União nas Políticas Públicas de Saúde.....32

*Antonio Bazilio Floriani Neto, Danielle Anne Pamplona*

Comunidades Epistêmicas e a Produção dos Decretos de Indulto no Brasil.....50

*Bruno Amaral Machado, Reinaldo Rossano Alves*

O Direito ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Educação como Elemento Indispensável ..... 77

*Daniel Wunder Hachem, Alan Bonat*

Da Legitimidade das Súmulas Vinculantes ..... 106

*Gustavo Callefi Hirata, Silvio Alexandre Fazolli*

Política Pública e Direito à Educação Infantil de Boa Qualidade: a Situação das UMEIs na Municipalidade de Belo Horizonte ..... 126

*Lucas Salles Moreira Rocha, Márcio Luís de Oliveira*

A Responsabilização Juvenil nas Práticas Restaurativas: uma Justiça que Humaniza o Processo..... 153

*Luciano de Oliveira Souza Tourinho, Ana Paula da Silva Sotero*

Sujeição de Direitos, Meio Ambiente e Antropocentrismo Alargado ..... 177

*Thiago Felipe de Souza Avanci*

**SEGUNDA PARTE – DOUTRINA ESTRANGEIRA**

Conocimientos Tradicionales: Acercamientos de Los Marcos Regulatorios de Propiedad Intelectual entre Brasil y México.....198  
*Salete Oro Boff, Marta Carolina Giménez Pereira*

O Novo Modelo de Constitucionalismo da Comunidade Britânica .....220  
*Stephen Gardbaum*

Normas de Publicação.....274

Nominata de Avaliadores .....280

# SUBINDO A ESCADA: O USO ESTRATÉGICO DE PADRÃO ESTRANGEIRO PARA O APERFEIÇOAMENTO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET<sup>1</sup>

*Alice Rocha da Silva\**

*Filipe Rocha Martins Soares\*\**

1 Introdução. 2 A influência da primeira emenda à Constituição Estadunidense sobre a ICANN e suas repercussões para a liberdade de expressão. 3 A tentação autoritária no Brasil mitigada pela liberdade de expressão propiciada pelo atual modelo de governança na Internet. 4 O déficit de legitimidade do modelo de governança da Internet não afeta a liberdade de expressão. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

A conexão entre endereços digitados em um navegador de Internet e o conteúdo dos *sites* é promovida por um padrão desenvolvido à luz da legislação dos Estados Unidos e sob a influência direta do governo deste país. Tal unilateralidade na conformação de padrões com impactos globais pode ser um problema, à medida que países ricos desenvolvem mecanismos de afirmação de seu poder, com a consequente exclusão das nações em desenvolvimento. No entanto, argumentar-se-á, neste artigo, que, no tocante à liberdade de expressão na Internet, embora haja um notável déficit de legitimidade na elaboração do padrão, o atual modelo assegura oportunidades de desenvolvimento para os países que não participaram deste processo. Defender-se-á, assim, que o uso estratégico de um padrão estrangeiro que privilegie a livre circulação de informações tem o potencial de promover mudanças benéficas às nações em desenvolvimento. O assunto é relevante porque a liberdade de expressão seria ameaçada caso se adotassem referenciais técnicos desenvolvidos sob a influência de atores interessados em tolher a livre manifestação de pensamentos. Logo, almeja-se demonstrar, por meio de revisão bibliográfica, análise de decisões judiciais e breve alusão ao Direito estrangeiro, que, na situação em apreço, a limitação da legitimidade é compensada pelo ganho relativamente ao aprimoramento da liberdade de expressão. Tal premissa conduzirá à reflexão sobre as estruturas de participação internacionais, no sentido de se comprovar que um sistema de decisões majoritário nem sempre refletirá valores democráticos na esfera global.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo Global. Governança da Internet. Liberdade de Expressão. Padrões Técnicos. Legitimidade.

\* Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Doutora em Direito pela Université d'Aix-Marseille III, França. Mestre em Direito pelo UniCEUB. Graduada em Direito pelo UniCEUB e em Ciência Política e Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. E-mail: <rochaalice@yahoo.com.br>.

\*\* Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI. Servidor Público. E-mail: <filipe.soares@protonmail.ch>.

## 1 INTRODUÇÃO

Os padrões que asseguram o livre fluxo de dados na Internet são baseados em decisões técnicas implantadas à luz do Direito estadunidense. Tal fato, à primeira vista, origina críticas à governança da Internet, uma vez que se regula fenômeno global com base em regras locais do país que, inicialmente, desenvolveu a infraestrutura da rede mundial de computadores. No entanto, ao contrário do que indicaria o senso comum, a atual sistemática é útil, principalmente para repelir ambições autoritárias de censurar a Internet. Comprovada esta assertiva, observar-se-á que um sistema de decisão majoritário nem sempre reproduzirá valores democráticos na esfera global.

A liberdade de expressão é uma das mais importantes ferramentas propulsoras do avanço social. A livre manifestação de pensamento aliada às metodologias de difusão de conhecimentos e de informações propiciadas pela Internet têm-se mostrado inesgotável fonte de mudanças. Alguns destes câmbios desagradam grupos políticos, sobretudo em países autoritários (mas não exclusivamente); porventura, desencadeiam verdadeiras revoluções.

Vive-se hoje a era da informação: os instrumentos à disposição das pessoas para intercambiá-la são variados e amplamente disponíveis. Torna-se mais difícil controlar tais fluxos, à medida que igualmente avançam as tecnologias de proteção de dados – a criptografia, por exemplo, é um padrão em diversas das mais populares aplicações de Internet. O controle estatal sobre o que se diz é mitigado pelo anonimato que a Internet propicia, também facilmente alcançável pelo uso de técnicas rudimentares e de pronto acesso.

Incapazes de regular o conteúdo – a camada mais externa da Internet, na classificação proposta por Benkler (2006) -, os Estados voltam-se para os dois outros estratos em que se organiza o ambiente informacional: a camada lógica e a física. Esta é representada pela infraestrutura da rede: cabos de fibra ótica, servidores de armazenamento de dados, pontos de troca de tráfego; aquela é formada pelos *softwares* e *hardwares* nos quais se produzem e, por meio dos quais, transmitem-se os dados, além dos sistemas que permitem o fluxo das informações.

Restrições à camada física promovem, em diferentes gradações, o isolamento dos locais que as imponham; logo, são medidas drásticas, pois mitigam a interoperabilidade da Internet. A tática mais adotada para restringir a circulação de informações, então, é o controle sobre a camada lógica. Trata-se, aí, do desenvolvimento de tecnologias que inspecionam os pacotes de dados que circulam pela rede e os restringem à proporção que tal ação se tornar desejável. Acrescentam-se filtros, ora por meio de *softwares*, ora pela implantação nos próprios *hardwares*, que limitam a liberdade de expressão e possibilitam o controle sobre o conteúdo dos fluxos informacionais.

Na base da camada lógica, encontra-se o *Domain Name System* (DNS), o grande livro de endereços da Internet. Quando se escreve o endereço de um *site* em um navegador, por exemplo, é o DNS que localiza as informações que se buscam, a partir de um protocolo

numérico, possibilitando a ligação entre o usuário e o dado alojado em um servidor de informática. O sistema, portanto, converte a linguagem escrita em numérica, momento a partir do qual o detentor do endereço digitado é localizado, e o dado é reconvertido, para que se torne inteligível para o usuário (ICANN, 2017a).

Inicialmente, o DNS era gerenciado por apenas um indivíduo, a partir de seu escritório na *University of Southern California*. Um dos precursores da Internet, Jon Postel, atuava de forma voluntária para manter a rede operacional. Ao participar do desenho do citado protocolo que viabiliza o fluxo de dados (TCP/IP), o engenheiro formulou um postulado que hoje leva seu nome. A Lei de Postel – também conhecida como Princípio da Robustez – preconiza que protocolos informáticos sejam estruturados de forma liberal, quanto àquilo que aceitam, e conservadora quanto ao que enviam. A lógica por trás da premissa é a defesa da máxima interoperabilidade. Os protocolos devem ser compatíveis com outras técnicas de envio de informação (liberais ao aceitar), ao mesmo tempo em que precisam ser simples o suficiente para serem compreensíveis por outras ferramentas (conservadores ao enviar) (ICANN, 2014).

Denardis aponta, com propriedade, que decisões técnicas têm consequências políticas (DENARDIS, 2014). Acrescente-se a esta perspectiva a geração de efeitos jurídicos pelas escolhas dos desenvolvedores da rede mundial de computadores. Ao se buscar a máxima integração entre protocolos e ao se criar a “rede das redes” – que é a Internet -, desenvolveu-se um modelo que aspira, sobretudo, ao livre fluxo de dados. Por conseguinte, criaram-se múltiplas facilidades para a liberdade de expressão. Toda a arquitetura da rede é voltada para a construção do livre pensamento, e quaisquer limitações passam a ser antinaturais. Para funcionar, as restrições devem alterar, de algum modo, a estrutura da Internet, o que impõe ao Estado interessado a necessidade de desenvolver as soluções técnicas para tal. A regra, portanto, é a liberdade. A censura, exceção.

A popularização da Internet tornou impossível que Postel continuasse administrando por conta própria o servidor raiz do DNS. Tentaram-se algumas soluções intermediárias até que, em 1998, o governo federal estadunidense criou a Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), uma organização sem fins lucrativos que deu continuidade ao trabalho do precursor. Até o ano de 2015, a entidade era financiada pelo governo dos Estados Unidos, com o qual mantinha uma espécie de contrato de gestão, que dava àquele Estado alguma discricionariedade nas decisões administrativas da organização (KEHL, 2015). Após o fim do contrato, repassou-se o controle a um grupo de representantes dos diversos setores interessados, distribuídos geograficamente ainda de forma desigual – a maioria dos membros são estadunidenses e europeus.<sup>2</sup>

A estrutura de representação e o fato de a ICANN estar sediada na Califórnia, o que a sujeita à lei daquele estado naquilo que for pertinente, são objetos de recorrentes críticas oriundas principalmente de países em desenvolvimento, que almejam maior influência sobre a governança da Internet. Algumas nações defendem o repasse da administração do DNS



à União Internacional das Telecomunicações, sob os auspícios da Organização das Nações Unidas (ONU).<sup>3</sup> Prevaleceria, assim, a sistemática de um voto por país. Neste artigo, contudo, defender-se-á que o atual modelo é o que melhor propicia a liberdade de expressão.

O padrão estadunidense de livre manifestação de pensamento, inspirado pela primeira emenda à constituição daquele país, é liberal o suficiente para assegurar uma adaptação jurídica do postulado defendido por Postel no tocante à liberdade de expressão. O referencial adotado pelos Estados Unidos, que inicialmente visava à proteção do pensamento religioso (JOAS, 2011), é razoável para assegurar o livre fluxo de dados. Desse modo, argumentando em sentido contrário à queixa de países em desenvolvimento, este artigo tentará demonstrar que uma lógica jurídica importada nem sempre é prejudicial, especialmente em se tratando da Internet.

A influência do governo estadunidense sobre a ICANN e a localização da sede desta entidade evitam que se promovam interferências sobre a camada lógica da Internet, que teriam o potencial de desvirtuar toda a rede. Embora não seja perfeito, especialmente por causa do déficit de *accountability* e de legitimidade, o sistema permite o uso estratégico da norma estrangeira relativa à liberdade de expressão para assegurá-la em locais onde haveria a tentação de tolhê-la. Em certa medida, nota-se que os países em desenvolvimento estariam “subindo a escada”,<sup>4</sup> ao terem de empregar o padrão estrangeiro, ainda que isso contrarie os desígnios dos regimes locais. Estes ainda têm a opção de promoverem sistemáticas de controle específicas, mas são incapazes de adulterar a arquitetura da Internet como um todo.

## 2 A INFLUÊNCIA DA PRIMEIRA EMENDA À CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE SOBRE A ICANN E SUAS REPERCUSSÕES PARA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Em 27 de janeiro de 2011, o Egito desligou a própria Internet. Transcorria a Primavera Árabe, e o ditador Hosni Mubarak, acuado, impôs aos provedores de telecomunicações que desativassem sua ligação com o mundo externo. A medida desesperada falhou, pois apenas contribuiu para acelerar a degradação do regime egípcio; mas o ponto a se destacar aqui é o de que, naquele momento, esta atitude drástica pareceu àquele regime ser a única forma de controlar a liberdade de expressão (RICHTEL, 2011).

Se exercesse influência sobre a arquitetura da Internet, o governo egípcio, ao invés de apelar para um bloqueio físico, poderia atuar de forma menos drástica, no âmbito da camada lógica. Com isso, promoveria o desligamento seletivo de alguns serviços e portais de informações. Especulando-se, poder-se-ia cogitar que a queda de Mubarak levasse mais tempo para ocorrer ou, mesmo, que o mandatário conseguiria se manter no poder caso dispusesse de mecanismos efetivos de controle dos fluxos de informações. Basta lembrar que a Primavera Árabe foi um subproduto da era da informação: todo o movimento foi fortemente influenciado pelos meios de comunicação, principalmente pelas plataformas digitais (HEMPEL, 2016).

Os fatores que limitaram ações de controle mais adequadas aos interesses do regime egípcio são a forma como a Internet está construída e a maneira como se estrutura sua governança. É a arquitetura da Internet que favorece o discurso, a liberdade de expressão. Nesse sentido, Lessig (2006, p. 236) afirma:

Anonimato relativo, distribuição descentralizada, múltiplos pontos de acesso, desnecessidade de vínculos geográficos, inexistência de uma forma simples de identificar conteúdo, ferramentas de criptografia – todas estas características e consequências do protocolo da internet tornam difícil controlar o discurso no espaço cibernético. A arquitetura do espaço cibernético é o real protetor do discurso; é a verdadeira “primeira emenda no espaço cibernético” e esta primeira emenda não é uma regra local. [...] Nações têm percebido que suas linhas de telefone são ferramentas da liberdade de expressão, que o email carrega notícias da sua repressão muito além de suas fronteiras, que imagens não são mais monopólio de canais de televisão estatais mas podem ser transmitidas a partir de um simples modem. Nós exportamos ao mundo, por meio da arquitetura da internet, uma primeira emenda mais extrema na forma de código que nossa própria primeira emenda legal. (Tradução nossa).<sup>5</sup>

É importante perceber - em acréscimo ao pensamento exposto acima - duas perspectivas. Primeiro, como a Internet é construída para manter o livre fluxo de dados e, por conseguinte, de pensamentos e ideias, quaisquer limitações em caráter definitivo e global teriam de desvirtuar esta arquitetura. Em segundo lugar, como a estrutura foi desenvolvida e continua a ser mantida - ao menos no tocante ao DNS, que seria a instância lógica para limitar o acesso a determinadas informações - sob a lei dos Estados Unidos, que privilegia a liberdade de expressão, este foi o padrão que naturalmente preponderou.

O bloqueio a sites, por exemplo, ocorreria junto ao DNS de forma simples: ao invés de associar determinado conjunto de palavras a um endereço numérico, seria possível excluir do arquivo raiz da Internet o endereço, que se tornaria inacessível. Esta é a instância máxima de uma potencial censura: uma sutil modificação na estrutura deste arquivo poderia impedir o acesso a vasto rol de informações. Sendo assim, caso se adotasse, por exemplo, a sistemática de um voto por país, como propõem as nações que pleiteiam a adoção de processo decisório assemelhado ao vigente no sistema ONU, o poder de barganha do Estado interessado em promover a censura é que seria o principal fator para implantação dos limites ao acesso e à circulação do conhecimento.

O ponto de vista que se preconiza neste artigo, a partir da constatação de acordo com a qual um processo decisório majoritário pode ser prejudicial à liberdade de expressão, é o de que, por se tratar de uma rede global, os padrões relativos ao fluxo de dados na Internet sejam os mais liberais possíveis. Assim, o fato de a ICANN sofrer grande influência dos Estados Unidos e de estar sujeita à jurisdição californiana, ao invés de representar um problema, como alegam diversos países em desenvolvimento, cria benefícios sistêmicos.

Não se trata de apresentar os Estados Unidos como defensores globais da liberdade de manifestação. A primeira emenda à Constituição daquele país certamente não foi idealizada,

no final do século XVIII, vislumbrando-se a possibilidade de geração de efeitos em todo o mundo. Todavia, não é uma coincidência que a Internet tenha florescido em um ambiente jurídico que privilegia a livre expressão de pensamento. A própria estrutura da rede espelha esta peculiaridade do ordenamento jurídico estadunidense. Afinal, a facilidade com que a informação transita é, logicamente, uma decorrência direta das escolhas técnicas, mas, por sua vez, depende de uma regulação liberal que a viabilize.

Para Benkler (2006, p. 385):

A batalha sobre a ecologia institucional do ambiente digitalmente conectado é travada precisamente em termos de quantos usuários individuais continuarão a participar da construção do ambiente informacional, e de qual proporção da população de consumidores continuará a sentar-se no sofá e receber passivamente os produtos acabados de produtores industriais de informações. (Tradução nossa).<sup>6</sup>

A grande vantagem proporcionada pela maneira como a Internet está estruturada é a possibilidade de empoderamento de pessoas comuns, que se tornam não apenas receptores, mas fornecedores e difusores de informações. É evidente, então, que a rede teria feições muito diferentes se adotasse padrões fechados, a partir de uma governança comandada por Estados interessados em restringir os fluxos de dados.

Se a lógica de funcionamento da Internet fosse o contrário, ou seja, se a censura fosse o padrão, cada país interessado em manter a rede aberta teria de promover vultosos investimentos, e haveria, na verdade, diversas redes que não se comunicariam. Adotando-se a atual lógica, ainda é possível que os Estados interessados em promover censura o façam em nível local, mas, para isso, terão de sofrer as consequências – como no caso do Egito – ou desenvolver soluções tecnológicas próprias, como faz a China.

Torna-se relevante, então, revisitar a primeira emenda da Constituição estadunidense:

O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringir a liberdade de expressão, ou de imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas (UNITED STATES OF AMERICA, 1789, *online*, tradução nossa).<sup>7</sup>

É interessante notar que este mandamento acabou refletido no código cibernético, como aponta Lessig (2006). Em complemento ao raciocínio deste autor e diante da proposição de que decisões técnicas têm repercussões políticas, evidencia-se que a Internet é uma grande promotora do compartilhamento de ideias e da difusão de informações. A lógica defendida por Postel para o protocolo TCP/IP e a proteção ao DNS pela lei estadunidense é o que tornam a Internet efetivamente uma rede global.

Cada país mantém, por óbvio, o direito de limitar determinadas informações. Nenhum, contudo, pode adulterar por completo a estrutura dos fluxos de dados, pois a Constituição dos Estados Unidos, em tese, impediria que mesmo este país o fizesse. No entanto, não ficam integralmente inviabilizadas algumas formas de controle. Quando a França quis impedir

o Yahoo! de possibilitar a comercialização de souvenirs nazistas, a empresa acabou sendo obrigada por ordem judicial a inviabilizar o acesso ao conteúdo a cidadãos franceses.<sup>8</sup> Já a China mantém um sofisticado sistema de controle, conhecido como *Great Firewall of China* – não é possível encontrar, por exemplo, descrições sobre os eventos ocorridos na praça da Paz Celestial, em 1989, quando se acessa a Internet daquele país.<sup>9</sup>

O ponto central, contudo, é o de que, apesar de se promoverem alterações pontuais – por meio de filtros ou por meio de limitações impostas a prestadores de serviços – a arquitetura da Internet permanece intacta, assim como seus princípios que possibilitam a ampla difusão de dados. Esta é a grande vantagem do modo como opera a ICANN e da jurisdição à qual a organização se submete.

Eventual crítica de que o modelo faria prevalecer uma visão ocidental de liberdade deve ser questionada sob a perspectiva de que, apesar de aberta, a rede é controlável dentro das fronteiras de um país e de que a jurisdição estatal também se aplica sob uma lógica territorial. Cada país pode impor a própria lei, ainda que esta rechace, em grande parte, a livre manifestação de pensamento; mas, ao se estabelecer a liberdade como padrão, o ônus para se adotarem as medidas necessárias passa a ser do país que almeja limitar o fluxo de dados. Nesse sentido, Ang (2008, p. 309):

O caráter “aterritorial” da internet não é uma barreira para a aplicação da lei. Isso requereria, no entanto, uma convergência de lei, coordenação, e cooperação bem como conhecimento técnico suficiente. Vislumbra-se que varreduras poderiam ser usadas na proteção contra o uso da internet por redes terroristas, pelo narcotráfico, e outros atos que um grupo considerável de países reputam como criminosos. (Tradução nossa).<sup>10</sup>

As considerações acima transcritas sugerem ainda dois questionamentos importantes:

- a) alguns países não dispõem de tecnologia suficiente para estabelecer as restrições aos fluxos de dados que avaliam como necessárias à aplicação de suas leis ao espaço cibernético;
- b) determinadas categorias de atos criminosos requerem coordenação e algum controle sobre o que é falado no ambiente virtual.

No tocante ao primeiro aspecto ressaltado, o déficit tecnológico não deveria ser uma escusa para que se promovesse uma corrida para o abismo. Ainda que se possa chegar ao extremo de se bloquear a Internet, como fez o Egito, não se deveria limitar a capacidade de acesso a informações a todo o planeta porque alguns países desejam fazê-lo e não conseguem logrã-lo. Um modelo de governança da Internet como réplica do sistema ONU enfrentaria grave risco de incorrer nesta possibilidade.

Contudo, é importante reconhecer que há riscos generalizados, como o narcotráfico e o terrorismo, que impõem a necessidade de alguma coordenação no controle dos fluxos de dados. Não se trata, neste artigo, da vigilância sobre o conteúdo das comunicações, mas da exclusão de sites e plataformas que promovam as práticas globalmente recrimináveis. Nesse caso, insiste-se que a lei estadunidense é um bom parâmetro; afinal, propicia-se a liberdade de expressão até

um limite – deveras amplo – a partir do qual a transgressão passa a ser inaceitável. Certamente, não obstante qual o ordenamento jurídico sob cuja perspectiva se analisem as hipóteses, sites que viabilizassem o narcotráfico ou que promovessem o terrorismo tenderiam a ser removidos.

A próxima seção deste artigo tomará o Brasil como referencial, com vistas a demonstrar que o país auferiria benefícios ao pautar-se por um padrão estrangeiro como referência para a liberdade de expressão na Internet.

### 3 A TENTAÇÃO AUTORITÁRIA NO BRASIL MITIGADA PELA LIBERDADE DE EXPRESSÃO PROPICIADA PELO ATUAL MODELO DE GOVERNANÇA NA INTERNET

Entre os anos de 2015 e 2016, autoridades judiciais brasileiras promoveram, em quatro ocasiões distintas, bloqueios sobre o aplicativo de mensagens instantâneas *WhatsApp*.<sup>11</sup> A premissa que motivou as ações foi o fato de o aplicativo não compartilhar o conteúdo de mensagens entre pessoas acusadas da prática de crimes investigados por órgãos de segurança. Ocorre, entretanto, que a aplicação nem sequer guarda o registro das mensagens; logo, seria impossível cumprir a demanda.

Os bloqueios foram realizados no âmbito da camada lógica, mas não juntamente à ICANN ou ao componente estrutural da Internet. O Poder Judiciário compeliu as prestadoras de serviço de Internet no Brasil a bloquearem o acesso ao aplicativo. Por essa razão, embora tenha impedido que a maioria das pessoas utilizasse o serviço, o bloqueio, sobretudo no longo prazo, é absolutamente ineficaz. A razão para isso, novamente, está ligada à arquitetura da Internet: camuflar a real localização de um usuário é razoavelmente simples. Assim, bastava que se empregassem endereços de *Internet Protocol (IP)*<sup>12</sup> oriundos de outros países para que se burlasse o bloqueio e se utilizasse o aplicativo normalmente.

Em incontáveis ocasiões, a justiça brasileira também tem ordenado a remoção de vídeos da plataforma *YouTube*.<sup>13</sup> Uma parte dos casos diz respeito a infrações de direitos autorais; outra é decorrente de alegados danos à imagem de pessoas retratadas nos vídeos. O bloqueio de vídeos como forma de proteção à propriedade intelectual conta com o auxílio de uma poderosa indústria, capaz de monitorar cada republicação de material na plataforma.<sup>14</sup> O mesmo não ocorre relativamente à postagem de vídeos que ofendam ou utilizem indevidamente as imagens de indivíduos. Normalmente, quanto à segunda possibilidade, os bloqueios são tão ineficazes quanto aqueles promovidos sobre o *WhatsApp* e, por razões parecidas, dado que é fácil “esconder-se” na Internet, a republicação pode ocorrer reiteradamente.<sup>15</sup>

A título de ilustração, em março de 2016, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo determinou que o *YouTube* removesse *links* para um vídeo que se notabilizou na Internet sobre o *bar mitzvah* de um garoto de 13 anos que havia sido publicado por seu pai.<sup>16</sup> Trata-se de vídeo contendo paródia de uma música estrangeira na qual o rapaz e seus familiares revelam aspectos de suas vidas pessoais e comemoram o momento. A enorme repercussão causou

embaraços à família, que demandou judicialmente a remoção do vídeo. Apesar de o pleito ter logrado êxito junto ao órgão jurisdicional, o material continua disponível na plataforma,<sup>17</sup> pois é reiteradamente republicado por usuários anônimos.

Os dois casos apresentados (*YouTube* e *WhatsApp*) podem ainda ser vistos sob dois vieses, relacionados ao que se tem exposto até o momento. Em primeiro lugar, a liberdade de expressão no Brasil parece ser muito mais limitada que em outros países democráticos. A delimitação do que pode configurar discurso de ódio, injúria ou difamação é muito ampla no país. O exemplo recente de uma atriz condenada a indenizar um Ministro do Supremo Tribunal Federal pelo fato de ter questionado sua idoneidade em uma postagem na rede social *Instagram* é um referencial interessante para se perceber quão acentuados são os limites à livre manifestação de pensamento no país (QUEIROGA, 2017). Em uma democracia, deveria ser perfeitamente aceitável questionar os atos de autoridades públicas, ainda que de forma incisiva.

Após a concessão de *habeas corpus* pelo Ministro a um médico acusado de ter cometido crimes sexuais contra diversas de suas pacientes, a atriz publicou, em seu perfil do *Instagram*, uma foto da autoridade com a indagação: “*cúmplice?*”. Ao analisar o caso, o magistrado de 1ª Instância entendeu que

ao publicar o questionamento “*cúmplice?*” a requerida vinculou a pessoa e imagem do requerente a um crime gravíssimo, que gera repulsa e indignação por parte da sociedade. Não podemos olvidar que o requerente é um jurista de grande renome, ministro do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável, precipuamente, pela defesa da Constituição Federal e que, em consequência, profere decisões de grande impacto e repercussão para o ordenamento jurídico. Ou seja, o requerente é um importante membro da República. A partir do momento em que a requerida imputa a um jurista reconhecido, ministro da Suprema Corte, cumplicidade a práticas criminosas, esta, evidentemente, abusa do seu direito de liberdade de expressão, pois ofende a honradez e a imagem do requerente perante o meio social (BRASIL, 2016, *online*).<sup>18</sup>

Embora o debate sobre o mérito desta sentença exceda o escopo deste artigo, convém observar, em rápida análise, uma evidente limitação às possibilidades de manifestação de pensamento da cidadã situada no polo passivo da ação. Na interpretação do Magistrado, o fato seria agravado por ter sido praticado por pessoa pública contra indivíduo igualmente notório. Contudo, parece draconiana a restrição à liberdade de expressão em um regime democrático, especialmente quando a situação retrata um cidadão questionando um ato do poder público. Nesse sentido, concorda-se com Sarmiento (2006, *online*), quanto este assevera que:

A ideia básica da liberdade de expressão como instrumento para a obtenção da verdade parte da premissa de que, no contexto do debate livre entre pontos de vista divergentes sobre temas polêmicos, as melhores ideias prevalecerão. Sob esta perspectiva, a liberdade de expressão é vista não como um fim em si, mas como um meio para a obtenção das respostas mais adequadas para os problemas que afligem a sociedade.

O segundo viés sob o qual se propõe a análise dos fatos é o de que, dada a forma como a governança da Internet encontra-se estruturada, eventuais bloqueios promovidos pelo Brasil continuarão a ter pouca efetividade, a não ser que o país desenvolva ou adquira tecnologias de análise e filtragem de pacotes de dados. O Brasil estaria diante de três opções:

- a) manter a postura atual e, eventualmente, bloquear aplicações de modo não efetivo;
- b) aplicar recursos no desenvolvimento ou aquisição das citadas tecnologias de bloqueio;
- c) promover mudanças legislativas para ajustar-se ao caráter global da Internet e aperfeiçoar o referencial em torno do qual se promove a livre expressão de pensamento no país.

Não é possível prever qual postura o país adotará no longo prazo, mas é factível tecer alguns comentários sobre cada uma delas. A primeira hipótese, como é facilmente observável, é ineficaz; a segunda, típica de países autoritários, além de propiciar margem para ingerências ainda maiores sobre a liberdade de expressão – ademais, é custosa. Em qualquer dos três casos, reconhece-se a impossibilidade de o país interferir sobre a estrutura da Internet, o que o impossibilita de tornar o seu padrão próprio algo globalmente aceitável.

A terceira das opções cogitadas acima aparece como resultante da aceitação do padrão estrangeiro, da incapacidade de o país se contrapor a ele, seja por limitações técnicas, seja por questões jurídicas. Na seara técnica, porque não dispõe de recursos tecnológicos; na jurídica, porque daria um passo a mais rumo a uma postura autoritária sobre a Internet e porque não consegue, por conta própria, interferir em um padrão regulatório global.

O Direito avança concomitantemente à evolução social da era da informação. Observa-se uma catálise do acesso ao conhecimento que tem o condão de impactar positivamente o ordenamento jurídico brasileiro. A atual sistemática de governança da Internet favorece tal processo.

Parece existir uma tentação autoritária no Brasil à medida que as autoridades públicas – sobretudo o Poder Judiciário – estabelecem um limite mal definido, amiúde excessivo e bastante afetado por subjetivismos para a livre manifestação de pensamento. A impossibilidade de o país promover bloqueios sobre a camada lógica da Internet pode funcionar a seu favor, caso se aproveite a oportunidade para “subir a escada”, a partir da adoção de um referencial melhor que o atual para a liberdade de expressão. É importante pontuar que a circulação de ideias é um pressuposto essencial não apenas para o desenvolvimento da sociedade, mas igualmente para o avanço científico. As escolhas que o Brasil fizer hoje são fundamentais porque, com algum atraso, a Internet passa a fazer parte das vidas de todos os cidadãos do país.

Ao funcionar como uma espécie de escudo para a ICANN, que adota um padrão liberal quanto à interoperabilidade da Internet e à liberdade de expressão, a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos propicia um modelo de governança da Internet que oportuniza uma corrida para o topo. Essa “escada” pode, ou não, ser aproveitada pelos países em desenvolvimento.

Não se desprezem diferenças culturais e eventuais necessidades de limitações ao discurso. No entanto, é preferível que se parta de um referencial mais amplo e liberal, e que tais restrições sejam pontualmente negociadas ou, se necessário, impostas pela adoção de soluções locais. O Brasil poderia aproveitar a adversidade – sua incapacidade de bloquear, de modo efetivo, os *sites* e aplicações que infringem as regras nacionais – para reformular suas políticas e lograr, assim, algum avanço social rumo ao aprimoramento da liberdade de expressão.

Após análise das vantagens que o atual padrão traz ao livre fluxo de dados como um todo e os seus potenciais benefícios ao Brasil em específico, tratar-se-á, na próxima seção, do problema do déficit de legitimidade. Partir-se-á da premissa de que o problema é inegável, mas não afeta o desenvolvimento da livre manifestação de pensamento no espaço cibernético; ao contrário, contribui para a manutenção do padrão considerado mais favorável.

#### 4 O DÉFICIT DE LEGITIMIDADE DO MODELO DE GOVERNANÇA DA INTERNET NÃO AFETA A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

O regime instituído em torno da ICANN para controle dos servidores raiz da Internet não é, decerto, uma democracia. À primeira vista, defendê-lo pode, inclusive, parecer ilógico. Denardis (2014, p. 8), por exemplo, define o modelo como um oxímoro: ao mesmo tempo que a instituição alega pautar-se por uma política de “portas abertas” e um sistema *multi-stakeholder*, são as visões estadunidenses e europeias que prevalecem.

No entanto, vislumbra-se que, no tocante à liberdade de expressão, o atual modelo é o menos danoso.<sup>19</sup> É impossível a materialização de um cenário em que todos os países do mundo concordem quanto a um referencial sobre a liberdade de expressão. Na Tailândia, é proibido falar mal da família real; no Irã, assuntos religiosos são fortemente policiados; na França, é vedada a propaganda nazista; e no Brasil, a configuração do dano moral é demasiado simplória.

Tamanho desacordo oferece o risco de se promover uma corrida para o abismo. Uma vez adotado padrão democrático de tomada de decisões, baseado em votos igualmente distribuídos entre os países, a possibilidade de se optar por um padrão mais limitado torna-se evidente. A inviabilidade de um acordo que agradasse a todos os interessados conduziria, naturalmente, à maior restrição possível à liberdade de expressão.

Ao discorrer sobre novos modelos de governança que intercalam o direito público com o privado, e o direito interno com o internacional, Casini (2014, p. 426) afirma que: “Além do Estado, a adoção de ferramentas procedimentais de direito administrativo – como transparência, participação e revisão – pode às vezes ser apenas uma ‘panaceia’, que talvez tenha até mesmo implicações negativas para a democracia e a *accountability*.” (Tradução nossa).<sup>20</sup>

A lição acima é importante porque contribui para a percepção de que, em assuntos de governança global, as soluções mais óbvias ou mais simples nem sempre serão as melhores.



Fenômenos que transpõem fronteiras – e particularmente o espaço cibernético, em cujo âmbito um dado é capaz de produzir efeitos simultâneos em diversos países – têm de ser regulados com base em toda a sua complexidade.

Certamente, o caráter global não é uma exclusividade da Internet; tampouco, o potencial para a incidência de conflitos regulatórios é perceptível apenas nesta seara. A novidade trazida ao debate pela rede mundial de computadores é o fato de uma mesma ação poder gerar repercussões concomitantes em múltiplos territórios. Acrescente-se a isso a possibilidade de um mesmo indivíduo se situar, de forma fictícia, em diversos locais ao mesmo tempo, produzindo impactos efetivos.

Contemplando-se a liberdade de expressão isoladamente, a coexistência de vários padrões ou uma maior participação de todos os Estados na regulação da matéria poderia gerar impasses potencialmente insolúveis. Se, conforme exposto acima, uma mesma ação repercute no território de diversos países e um mesmo indivíduo pode estar sujeito a várias jurisdições, uma abordagem majoritária à regulação dos limites à manifestação de pensamento conduziria a duas possíveis soluções, ambas insatisfatórias.

A primeira hipótese seria a manutenção do impasse, à medida que alguns Estados não aceitariam abdicar da liberdade de expressão, enquanto outros – principalmente nações comandadas por regimes autoritários – não aquiesceriam com a limitação da capacidade de coerção estatal sobre os fluxos de dados.

A segunda possibilidade parte do pressuposto de que a maioria dos países tem interesse em controlar o discurso e, embora esta predisposição se manifeste em diferentes graus, a tendência seria a busca de um padrão mínimo em comum. Este é o cenário da mencionada corrida para o abismo: o padrão aceitável seria mais restritivo à livre circulação de ideias do que o atual.

Assim, é possível notar porque o modelo de governança estabelecido sob a égide da ICANN, fortemente influenciado pelo ordenamento jurídico estadunidense, é preferível, ao menos no que diz respeito à liberdade de expressão. É inegável o déficit de legitimidade na governança da Internet, assim como não deixa de ser questionável a baixa representatividade de países em desenvolvimento.<sup>21</sup> No entanto, o efeito destes problemas especificamente quanto à livre circulação de informações é revertido, à medida que prevalece um padrão que possibilita o fluxo de ideias e, no longo prazo, o avanço social, cultural e tecnológico.

Apesar do déficit de legitimidade, em um espaço administrativo global, como aquele no qual se desenvolve a governança da Internet, não seria adequado apontar eventuais afetações à soberania dos países cujos interesses são afrontados pela regulação baseada em padrões importados. A aceitação, ainda que tácita, do padrão é uma condição para acesso à tecnologia. Haverá, todavia, discrepâncias entre o ordenamento jurídico local e as regras estabelecidas em âmbito global, conforme apontam Kingsbury, Krisch e Stewart (2005, p. 30):

Mecanismos domésticos estabelecidos e operados em conformidade com preferências locais podem não se ajustar a necessidades funcionais de um grau de homogeneidade global de princípios e mecanismos e à capacidade de resposta

a feições particulares de regimes administrativos globais específicos. Conflitos entre o Direito doméstico, particularmente o Direito Constitucional, e estas necessidades globais podem ser de difícil resolução exceto por acomodações pragmáticas temporárias. (Tradução nossa).<sup>22</sup>

A acomodação pragmática da lei local com o padrão estrangeiro é o que tem possibilitado a governança da rede, apesar das reiteradas manifestações de discordância quanto ao modelo predominante. Torna-se evidente a percepção de que a estrutura não é perfeita, especialmente à luz do Direito Internacional clássico, que inspira decisões baseadas em consenso e na participação dos Estados soberanos.

Entretanto, relativamente à liberdade de expressão na Internet, o modelo democrático é, ironicamente, defendido por nações como Rússia, China e Cazaquistão, nenhuma delas dotada de tradição democrática no âmbito interno. Ao se analisar o mérito da proposta, nota-se que um dos objetivos por trás da reconfiguração da governança é o desenvolvimento de facilidades para o bloqueio de *sites* e plataformas em âmbito local.

Reformulada a governança da Internet e excluindo-se a primeira emenda à Constituição dos Estados Unidos como referencial para a livre manifestação de pensamentos, passar-se-ia a uma sistemática mais burocrática de tomada de decisões pelo voto da maioria. A ICANN possivelmente teria de se instalar em outro país ou, alternativamente, o controle do DNS passaria a um organismo multilateral estatal.

Da mesma forma que já se defendeu, neste artigo, que o padrão aplicável à liberdade de expressão seja o mais amplo possível, complementa-se a ideia com base em Calliess e Zumbansen (2010, p. 135), para os quais, “para manter sua interoperabilidade como uma ‘rede das redes’, a Internet requer padrões técnicos globais.”<sup>23</sup>

Um dos riscos inerentes à proposta de se submeter à governança da Internet a decisões multilaterais é a possibilidade de se criarem diversos padrões, ajustáveis aos interesses de cada grupo de países que se organizarem em torno de uma metodologia. A sistemática de decisões majoritárias possibilitaria o emprego e o desenvolvimento das mais diversas técnicas para bloqueio de conteúdo, variando desde a liberdade irrestrita de acesso até o total controle sobre o que poderia ser acessado a partir de um país. A perspectiva desenhada se agrava porque as alterações seriam promovidas no nível estrutural da Internet, junto à arquitetura da camada lógica da rede, e não mais apenas localmente, como ocorre hoje. Existiria a possibilidade concreta de absoluto desvirtuamento da rede causado pela propalada corrida para o abismo.

Uma vez que a defasagem técnica ou a incapacidade de promoção de investimentos na área impede vasto grupo de países de promoverem a lógica dos filtros de informações localmente, resta-lhes propugnar pela alteração do modelo de governança. Desse modo, estariam aptos a promover as restrições desejadas na camada lógica. Esta é a principal razão pela qual a proposta, embora seja capitaneada por nações como China e Rússia, perfeitamente capazes de promover a censura dentro de suas fronteiras, atrai a adesão de diversos países em desenvolvimento. Estes passariam a ter maior controle sobre os fluxos de informações

em seus territórios; já as duas potências citadas teriam maior ingerência sobre a governança da Internet como um todo, ampliando suas capacidades de projeção de poder.

Um formato de governança multi-*stakeholder*, lastreado em decisões majoritárias e que atenda simultaneamente a múltiplos interesses, não reflete, necessariamente, valores democráticos. Isso implica a percepção de que *accountability* e legitimidade, embora sejam elementos estruturantes das democracias no plano interno, não são princípios necessariamente expansíveis à esfera global. Em outras palavras, é possível que tais elementos não existam e, ainda assim, valores democráticos sejam respeitados. Ao mesmo tempo, sua configuração não assegura a adoção dos padrões mais ajustados aos anseios de nações democráticas. Ou seja, a mera existência de um sistema majoritário não assegura o melhor modelo para a governança de um dado fenômeno no espaço administrativo global.

## 5 CONCLUSÃO

O argumento defendido por países em desenvolvimento de que as nações ricas ascenderam e, após atingirem o topo, “chutaram a escada”, de modo a impedir o avanço dos povos mais pobres é sedutor e pode se aplicar a alguns setores do espaço administrativo global. Surge daí a retórica de acordo com a qual padrões técnicos impostos pelas nações desenvolvidas são barreiras à evolução dos demais países. Bastante repetido, tal argumento está imbuído de algum fundamento empírico, mas não pode ser percebido de modo absoluto.

Ao se contemplar a regulação da liberdade de informação na Internet, observa-se um padrão criado à revelia de negociações globais, com fundamento no ordenamento jurídico de apenas um país, porém apto a garantir a interoperabilidade do ambiente digital. Ao mesmo tempo, possibilita-se a criação de um ambiente fluido, no qual ideias tendem a circular livremente, o que tem amplo potencial de promover o desenvolvimento cultural, político e, mesmo econômico dos países afetados.

A ampliação das possibilidades de controle sobre fluxos de dados poderia alijar países em desenvolvimento dos benefícios advindos da era da informação. Ao invés disso, o uso estratégico de um padrão estrangeiro, artificialmente imposto, pode ajudá-los a “subir a escada”, especialmente pelo fato de se impedir a adulteração do funcionamento da arquitetura do ambiente cibernético.

O Brasil, por exemplo, não manifestaria interesse no desvirtuamento da Internet, mas, porventura, impõem-se, no país, limitações arbitrárias ao discurso. Ao tornar a censura mais difícil, a arquitetura da rede pode beneficiar democracias recalcitrantes como a brasileira.

A pesquisa, deste ponto em diante, poderia concentrar-se em outros padrões, inerentes tanto à Internet quanto a setores diversos, que contrariassem a máxima de que legitimidade e *accountability* são elementos fundamentais para a conformação de espaços administrativos globais. Acredita-se que, caso se comprovasse a hipótese, alcançar-se-iam benefícios à disciplina do Direito Administrativo Global, ainda em fase de sistematização, à medida que se questionariam paradigmas que tendem a ser aceitos sem muitas contestações.

## CLIMBING UP THE LADDER: THE STRATEGIC USE OF A FOREIGN STANDARD FOR THE IMPROVEMENT OF FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET

### ABSTRACT

The connection between addresses typed in a web browser and the content of websites is guaranteed by a standard developed in light of United States legislation and under the direct influence of its government. Such unilaterality in the conformation of standards with global impacts can represent a problem, as rich countries develop power affirmation mechanisms, which result in the exclusion of developing nations. However, this article suggests that, regarding freedom of speech on the Internet, although there is a notable legitimacy deficit in the making of the standard, the current model ensures development opportunities for the countries which were not involved in the process. The article thus defends that the strategic use of a foreign standard that privileges the free flow of information creates the opportunity for changes that will benefit the developing nations. The issue is relevant because freedom of expression would be threatened if technical standards developed under the influence of actors interested in blocking it were adopted. Therefore, through a bibliographical review, analysis of judicial decisions and a brief allusion to foreign law, we intend to demonstrate that, in the present situation, the limitation of legitimacy is offset by the gain in relation to the improvement of freedom of expression. Such a premise will lead to a reflection on international participation structures in order to prove that a majority decision system will not always reflect democratic values in the global sphere.

**Keywords:** Global Administrative Law. Internet Governance. Freedom of expression. Technical Standards. Legitimacy.

## SUBIENDO LAS ESCALERAS: EL USO ESTRATÉGICO DE PADRÓN EXTRANJERO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN INTERNET

### RESUMEN

La conexión entre direcciones tecleadas en un navegador de Internet y el contenido de los sitios son promovidos por un padrón desarrollado a la luz de la legislación de los Estados Unidos y bajo la influencia directa del gobierno del país. Dicha unilateralidad en la conformación de padrones con impactos globales puede ser un problema, a la medida que países ricos desarrollan mecanismos de afirmación de su poder, con la consecuente exclusión de las naciones en desarrollo. No obstante, se argumentará, en este artículo, que en lo que se refiere a la libertad de expresión en Internet, aunque haya un notable déficit de legitimidad en la elaboración del padrón, el actual modelo asegura oportunidades de desarrollo para los países que no participaron de este proyecto. Se defenderá, así, que el uso estratégico de un

padrón extranjero que privilegie la libre circulación de informaciones tiene el potencial de promover cambios benéficos a las naciones en desarrollo. El tema es relevante porque la libertad de expresión sería amenazada sí se adoptasen referencias técnicas desarrollados bajo la influencia de actores interesados en reprimir la libre manifestación de pensamientos. Así, se almea demostrar, por medio de revisión bibliográfica, análisis de decisiones judiciales y breve alusión al Derecho extranjero que, en la situación en aprecio, la limitación de la legitimidad es compensada por el ganado relativamente al perfeccionamiento de la libertad de expresión. Dicha premisa conducirá a la reflexión sobre las estructuras de participaciones internacionales, en el sentido de comprobarse que un sistema de decisiones mayoritario no reflejará siempre valores democráticos en el plan global.

**Palabras-clave:** Derecho Administrativo Global. Gobernanza de Internet. Libertad de Expresión. Padrones Técnicos. Legitimidad.

- 
- 1 Agradecemos ao revisor / à revisora anônimo (a) pela leitura atenciosa e pelas contribuições ao aprimoramento deste artigo.
  - 2 O Conselho Administrativo da ICANN é formado por 20 membros, sendo, atualmente, cinco estadunidenses, três holandeses, dois suíços, um finlandês, um sueco, um britânico, um australiano, uma cingapuriana, uma malaia, um salvadorenho, um tunisiano, um japonês e um sul-africano. O CEO da instituição é o membro sueco; o Presidente do Conselho é estadunidense, e o vice é o membro britânico. (ICANN, 2017b).
  - 3 Durante a Conferência Mundial de Telecomunicações Internacionais (WCIT, na sigla em inglês) realizada em Dubai/EAU, em dezembro de 2012, os principais críticos do atual modelo de governança da Internet foram os representantes de Rússia, China, Arábia Saudita, Argélia e Sudão. Sobre o tema, KRUGER (2016) relata que: “during the WCIT, a revision to the International Telecommunication Regulations (ITRs) was proposed and supported by Russia, China, Saudi Arabia, Algeria, and Sudan that sought to explicitly extend ITRs’ jurisdiction over Internet traffic, infrastructure, and governance. Specifically, the proposal stated that ‘Member States shall have the sovereign right to establish and implement public policy, including international policy, on matters of Internet governance.’ The proposal also included an article establishing the right of Member States to manage Internet numbering, naming, addressing, and identification resources.”
  - 4 A expressão é uma alusão à obra “Chutando a Escada” (CHANG, 2004), em que se defende a premissa segundo a qual os países ricos promoveriam diversas medidas para evitar que os países em desenvolvimento atingissem patamares econômicos semelhantes aos seus. Uma das formas de fazê-lo, inclusive, é por meio da criação e imposição de padrões. Neste artigo, defende-se que, no tocante à liberdade de expressão na Internet, o padrão estrangeiro é melhor e traz ganhos sociais e culturais a países como o Brasil.
  - 5 Texto original: “Relative anonymity, decentralized distribution, multiple points of access, no necessary tie to geography, no simple system to identify content, tools of encryption — all these features and consequences of the Internet protocol make it difficult to control speech in cyberspace. The architecture of cyberspace is the real protector of speech there; it is the real “First Amendment in cyberspace,” and this First Amendment is no local ordinance. [...] Nations wake up to find that their telephone lines are tools of free expression, that e-mail carries news of their repression far beyond their borders, that images are no longer the monopoly of state-run television stations but can be transmitted from a simple modem. We have exported to the world, through the architecture of the Internet, a First Amendment more extreme in code than our own First Amendment in law.”
  - 6 Texto original: “The battle over the institutional ecology of the digitally networked environment is waged precisely over how many individual users will continue to participate in making the networked information environment, and how much of the population of consumers will continue to sit on the couch and passively receive the finished good of industrial information producers.”
  - 7 Texto original: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and

- to petition the government for a redress of grievances.”
- 8 Cf. (OKONIEWSKI, 2002).
  - 9 “China’s vast censorship apparatus -- known as the Great Firewall -- prevents the country’s 730 million Internet users from accessing information on sensitive subjects like Tibet or the deadly 1989 crackdown on Tiananmen Square protests.” (PHAM, 2017, *online*).
  - 10 Texto original: “The “borderless” nature of the Internet is no barrier to law enforcement. It would, however, require a convergence of law, coordination, and cooperation as well as sufficient technical know-how. It is conceivable that sweeps could be used to guard against the use of the Internet for terrorist networks, drug smuggling, and other acts that a sizeable group of countries deem to be criminal.”
  - 11 Os bloqueios determinados pela justiça ocorreram nos seguintes contextos: 1) em fevereiro de 2015, por ordem de um Juiz do Estado do Piauí; 2) em dezembro de 2015, por determinação de uma Juíza do Estado de São Paulo; 3) em maio de 2016, em cumprimento à ordem de um Juiz do Estado de Sergipe; 4) e, mais recentemente, em julho de 2016, por ordem de uma juíza do Estado do Rio de Janeiro. Sobre o tema: (CONJUR, 2016).
  - 12 Trata-se de sequências numéricas que individualizam a origem de uma conexão a um provedor de Internet.
  - 13 Para exemplo recente, cf.: (CONVERGÊNCIA DIGITAL, 2017).
  - 14 Sobre o monitoramento do YouTube pela indústria fonográfica, cf.: (DREDGE, 2016).
  - 15 O STJ tem interpretado o §1º do art. 19 do Marco Civil da Internet - Lei nº 12.965/2014 - (“§ 1o A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material”) como uma determinação para que o autor de ação que demanda a retirada de conteúdo indique todas as URLs que o pleito pretende abranger. Com isso, a responsabilidade pelo monitoramento é do sujeito ativo, e não da plataforma. Com a facilidade de as pessoas se esconderem na Internet e republicarem materiais, tal monitoramento se torna difícil, especialmente para cidadãos comuns. Sobre o assunto, cf. o precedente do STJ no RECURSO ESPECIAL Nº 1.512.647 - MG (2013/0162883-2).
  - 16 Processo 0192672-12.2012.8.26.0100. TJSP
  - 17 Em 5 de outubro de 2017, ainda era possível acessar o vídeo.
  - 18 Processo: 2016.01.1.0621080. Quarta Vara Cível de Brasília.
  - 19 Nesse sentido, convém reproduzir interessante reflexão de Raustiala (2017, *online*) sobre a ICANN: “ICANN has its critics, and over time, it has tweaked its bylaws to improve its accountability and transparency and to rein in what some have seen as an overly powerful and insular board. But much like what Winston Churchill said about democracy, ICANN’s convoluted approach is probably the worst form of Internet governance – except for all others.”
  - 20 Texto original: “Beyond the State, the adoption of administrative law-type procedural tools – such as transparency, participation, and review – can sometimes be only a “panacea”, which may even have negative implications for democracy and accountability.”
  - 21 Sobre o tema, cf.: (MUELLER; WOO, 2008).
  - 22 Texto original: “Domestic mechanisms established and operated according to local predilections might not meet the functional needs for a degree of global commonality in principles and mechanisms, and for responsiveness to the particular features of specific global administrative regimes. Conflicts between domestic law, particularly constitutional law, and these global needs might be difficult to resolve except by pragmatic temporary accommodations.”
  - 23 Texto original: “in order to safeguard its interoperability as a ‘networks of networks’, the Internet requires global technical standards.”

## REFERÊNCIAS

- ANG, P. H. International regulation of Internet content: possibilities and limits. In: DRAKE, William J.; WILSON III, Ernest J. **Governing global electronic networks**. Cambridge: MIT, 2008.
- BENKLER, Y. **The Wealth of networks**: how social production transforms markets and freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BRASIL. **Sentença do processo 2016.01.1.0621080**. 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgi1?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=tjhtml122&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&SEQAND=42&CDNUPROC=20160110621080>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CALLIESS, G. P.; ZUMBANSEN, P. **Rough consensus and running code: a theory of transnational private law**. Portland: Hart Publishing, 2010.

CASINI, L. “Down the rabbit hole”: the projection of the public/private distinction beyond the state. **International Journal of Constitutional Law**, v. 12, n. 2, p. 402-428, 2014.

CHANG, H. J. **Chutando a escada: a estratégia do desenvolvimento em perspectiva histórica**. São Paulo: Unesp, 2004.

CONJUR. **Fachin convoca audiência pública para debater bloqueio do WhatsApp**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-nov-02/fachin-convoca-audiencia-publica-debater-bloqueio-whatsapp2>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

CONVERGÊNCIA DIGITAL. **TJDF manda Google remover vídeos considerados ofensivos do YouTube**. 2017. Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&inford=45590&sid=4>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

DENARDIS, L. **The global war for Internet governance**. New Haven: Yale University Press, 2014.

DREDGE, Stuart. **Why is the music industry battling YouTube and what happens next?** 2016. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/technology/2016/may/20/music-industry-battling-google-youtube-what-happens-next>>. Acesso em: 13 jul. 2017.

HEMPEL, Jessi. **Social media made the arab spring, but couldn't save it**. 2016. Disponível em: <<https://www.wired.com/2016/01/social-media-made-the-arab-spring-but-couldnt-save-it/>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

ICANN. **Qual o papel da ICANN?** Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/what-2012-02-25-pt>>. Acesso em: 5 jul. 2017a.

ICANN. **ICANN's Role in the Internet Governance Ecosystem**. 2014. Disponível em: <<https://www.icann.org/en/system/files/files/report-23feb14-en.pdf>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

ICANN. **Board of directors**. Disponível em: <<https://www.icann.org/resources/pages/board-of-directors>>. Acesso em: 12 jul. 2017b.

JOAS, H. **A Sacralidade da pessoa: nova genealogia dos direitos humanos**. São Paulo: Unesp, 2011.

KEHL, Danielle. **Dot What?** The surprisingly interesting history of the Internet domain system. 2015. Disponível em: <[http://www.slate.com/articles/technology/future\\_tense/2015/05/](http://www.slate.com/articles/technology/future_tense/2015/05/)>

[icann\\_transition\\_the\\_interesting\\_history\\_of\\_the\\_internet\\_domain\\_name\\_system.html](#)>. Acesso em: 12 jul. 2017.

KINGSBURY, B.; KRISCH, N.; STEWART, R. The Emergence of Global Administrative Law. **Law and Contemporary Problems**, v. 68, n. Summer, p. 15-62, 2005.

KRUGER, L. G. **Internet Governance and the Domain Name System**: issues for congress. [S.l.]: Congressional Research Service, 2016.

LESSIG, L. **Code**: version 2.0. New York: Basic Books, 2006.

MUELLER, M.; WOO, J. Spectators or players? participation in ICANN by the “rest of the world”. In: DRAKE, William J.; WILSON III, Ernest J. **Governing Global Electronic Networks**. Cambridge: MIT, 2008.

OKONIEWSKI, E. A. Yahoo !, inc . v . LICRA : the french challenge to free expression on the internet. **American University International Law Review**, v. 18, n. 1, p. 295–339, 2002.

PHAM, Sherisse. **China fortifies great firewall with crackdown on VPNs**. 2017. Disponível em: <<http://money.cnn.com/2017/01/23/technology/china-vpn-illegal-great-firewall/index.html>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

QUEIROGA, Louise. Monica Iozzi paga R\$ 30 mil de indenização a Gilmar Mendes. **O Globo**, 22 maio 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/monica-iozzi-paga-30-mil-de-indenizacao-gilmar-mendes-21374952>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

RAUSTIALA, K. An Internet Whole and Free. **Foreign Affairs**, 2017. Disponível em: <<https://www.foreignaffairs.com/articles/world/2017-02-13/internet-whole-and-free>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

RICHTEL, Matt. **Egypt cuts off most Internet and cell service**. 2011. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2011/01/29/technology/internet/29cutoff.html>>. Acesso em: 12 jul. 2017.

SARMENTO, D. **A liberdade de expressão e o problema do hate speech**. 2006. Disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017.

UNITED STATES OF AMERICA. Bill of rights. 1789. Disponível em: <<https://constitution-center.org/interactive-constitution/amendments/amendment-i>>. Acesso em: 4 out. 2017.

Submetido: 27 jul. 2017

Aprovado: 10 out. 2017



# O IMPACTO DA DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

*Antonio Bazilio Floriani Neto\**

*Danielle Anne Pamplona\*\**

1 Introdução. 2 A seguridade social brasileira. 3 Políticas públicas de saúde – o SUS. 4 As limitações orçamentárias e o financiamento da saúde. 5 A desvinculação de Receitas da União. 6 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

A Constituição de 1988 implementou o modelo de Seguridade Social em solo pátrio, composto pela Previdência, pela Assistência e pela Saúde. Trata-se de direitos sociais, de segunda dimensão, que necessitam de um agir do aparelho estatal. Para os fins do presente artigo, o corte metodológico é realizado na Saúde e, em especial, na forma com que a ordem estabelecida propôs para efetivá-la: mediante políticas públicas. Para atingir essa finalidade, é indispensável a existência de recursos. E o orçamento da Seguridade Social é afetado, diretamente, por um instituto denominado Desvinculação de Receitas da União (DRU), responsável por atribuir finalidade diversa ao montante arrecadado a título de contribuições sociais. Assim, resta controversa a premissa de ausência de recursos financeiros para o Estado fornecer a devida proteção ao indivíduo nessa seara, sendo o objetivo deste artigo aprofundar o conhecimento do tema. Para atingir esse desiderato, o trabalho abordou inicialmente a seguridade social brasileira, com enfoque no SUS, para então examinar as políticas públicas de saúde, o seu financiamento e, por fim, a DRU.

**Palavras-chave:** Seguridade Social. Desvinculação de Receitas da União. Políticas Públicas. Saúde.

## 1 INTRODUÇÃO

Não é recente o debate envolvendo a efetividade das políticas públicas que visam a garantir direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição de 1988; e, no caso específico da saúde, a situação é ainda mais problemática.

---

\* Doutorando e mestre (2013) em Direito Econômico pela PUCPR. Possui graduação em Direito (2011) e especialização em Direito Previdenciário (2013) pela PUCPR. Editor da Revista de Direito Empresarial (RDEMP). Advogado, professor da Faculdade Curitibana (FAC) e de cursos de pós graduação lato sensu. E-mail: <antonio@rochaefloriani.com.br>.

\*\* Professora Titular do Programa de Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Research Scholar no Washington College of Law na American University, Washington, DC (2015-2016); Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina; Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da PUCPR. E-mail: <dapamplona@pamplonaebraz.com.br>.

A Constituição de 1988 é conhecida por avançar no tema da saúde com a implementação de um paradigma há muito exigido pela sociedade e expresso na VIII Conferência Nacional de Saúde, realizada em 1986. Já àquela época, a demanda era pela implementação de um Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde, que permitiu que os investimentos fossem aplicados majoritariamente ao setor público. Este foi o embrião do que seria adotado pelo texto constitucional, o Serviço Único de Saúde (SUS), em que as ações e os serviços de saúde são fornecidas de forma igualitária, gratuita e universal, implementadas pelo Sistema que é conhecido por ter uma estrutura precária e por não contar com profissionais suficientes para atender à demanda. Por causa disso, fala-se que o SUS é moroso e ineficiente.

Nesse contexto, é recorrente a ideia de que os recursos do Estado são escassos para atender às necessidades da população. Tem-se, aqui, a relação de políticas públicas e orçamento, considerada por Torres (2005) como dialética: o orçamento pode prever e autorizar despesas para implementação de políticas públicas, ocorre que estas dependem de aspectos orçamentários.

Diante disso, os direitos sociais reclamam para que sejam efetivados de recursos. Assim, cria-se a imagem de que o problema elementar das políticas públicas de saúde no Brasil é econômico. Não por acaso, o Poder Judiciário é provocado, com frequência, para manifestar-se sobre o elastecimento de direitos inerentes à saúde.

A Saúde é parte integrante da Seguridade Social, sistema destinado a cobrir os riscos sociais, do qual fazem parte, ainda, a Previdência e a Assistência. Para poder fornecer essa proteção, pensou o constituinte em implementar uma fonte de custeio. Em solo pátrio, a Seguridade Social é financiada pelas contribuições sociais, as quais foram instituídas para custear essa finalidade específica. Conseqüentemente, o destino da arrecadação é considerado elemento essencial para as contribuições.

Ocorre que a viabilidade desse sistema vem sendo afetada pela desvinculação de parcela do arrecadado, por meio da Desvinculação de Receitas da União (DRU). A DRU é um instrumento legal de retirada de recursos da União, cujo objetivo é conferir maior flexibilidade orçamentária para alocação de receitas.

Tecidas essas considerações, o presente artigo busca desmistificar o argumento de escassez econômica nas políticas públicas de saúde. Enquanto perdurar a DRU, não haverá legitimidade para embasar proposta de elevação da carga tributária, com vistas a garantir eficiência a esses direitos fundamentais.

Para tanto, o artigo foi dividido em itens. No primeiro, examinar-se-á a saúde como parte da seguridade social. Em seguida, far-se-á um breve histórico do SUS, para então chegar ao conceito de políticas públicas. Tendo esses conceitos em mente, o artigo passa a abordar, especificamente, a forma de funcionamento e as restrições orçamentárias, para, ao final, chegar à desvinculação de receitas da união e ao impacto ocasionado na seguridade social.

## 2 A SEGURIDADE SOCIAL BRASILEIRA

Ao longo do tempo e do espaço, a conjuntura social se forma com suas próprias características e peculiaridades. Pensadores como Comte, Tocqueville, Durkheim, Weber e Marx tiveram interesse no estudo de sociedade e em questões tais como se existiram alguma sociedade mais eficaz em promover desenvolvimento e bem-estar social do que outras (HALL; LAMONT, 2009).

Modernamente, as ciências sociais mudaram o seu modo de pesquisa, haja vista a dificuldade de mensuração de um fenômeno complexo, resultante da ação de vários indivíduos, por meio da elaboração de premissas gerais, abstratas. Em outros termos, a teia de relações sociais responsável por conectar pessoas exige uma postura empírica, bem como a análise de outras dimensões, proporcionadas pelas mais variadas ciências.

As sociedades podem ser definidas como padrões de relações sociais estruturadas por práticas institucionais e repertórios culturais (HALL; LAMONT, 2009). As instituições e as estruturas culturais têm impacto na promoção do bem-estar social, que será diferente de acordo com o nível de desenvolvimento e sucesso apresentado por diferentes sociedades. Não há um único caminho para o sucesso, sendo a interação entre instituições e cultura local o que difere uma das outras. Desse modo, é inócua sustentar a existência de um pacote de ações aplicável indistintamente a qualquer país.

Logo, apesar de governos buscarem maneiras de aprimorar o sistema de saúde para seus cidadãos, resta controversa a melhor maneira de atingir esse objetivo (HALL; TAYLOR, 2009), eis que cada país tem suas próprias características e instituições, formais e informais.

Ademais, a saúde comporta concepções distintas, definidas de acordo com o paradigma de Estado vigente. Sob uma perspectiva liberal, de intervenção mínima do estado na ordem econômica, ganha espaço a concepção privatista; já sob o enfoque do Estado Social, a sanitarista. Ambas as concepções visualizam o indivíduo como um cliente do Estado e, assim, do sistema de saúde, não sendo a forma com que o direito é tutelado na Constituição de 1988 (DORES, 2013).

A ordem constitucional estabelecida em 1988 utiliza o conceito de Estado de Direito, que visa a “superar o déficit de cidadania evidenciado nos paradigmas do Estado Liberal e do Estado Social e passar a conceber esse direito fundamental como um processo, uma participação efetiva.” (DORES, 2013, p. 78). A Constituição de 1988 é considerada dirigente, objetiva a mudança social por meio de ações do Estado e de toda a sociedade. Nesse contexto, a saúde foi protegida como um bem de relevância pública, cabendo a todos o seu cuidado (DIAS et al., 2016).

A saúde é consagrada como direito social, conforme consta no artigo 6º.<sup>1</sup> Por não estar listada no rol dos direitos fundamentais (art. 5º), pode surgir o questionamento acerca da sua fundamentabilidade. Eurípedes Gomes Faim Filho esclarece que se trata de um direito fundamental, especialmente pelo fato de que, sem saúde, não é possível garantir o direito à vida:

“uma vida sem saúde é uma vida violada e a morte se pode dizer que é a total ausência de saúde, razão pela qual negar esse direito é negar o direito à vida.” (FAIM FILHO, 2011, p. 1013).

A saúde é também abordada no título VIII do texto constitucional, responsável por abordar a ordem social. No artigo 194, o texto implementa um modelo protetivo em nosso país, responsável por assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência.<sup>2</sup> Trata-se da Seguridade Social, cujos princípios estão listados no parágrafo único do mencionado artigo, dentre os quais ressaltam-se a universalidade de cobertura e atendimento, uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais, seletividade, irredutibilidade do valor dos benefícios, dentre outros. Esse sistema de proteção social, portanto, emerge da vulnerabilidade dos indivíduos diante dos riscos, os quais exigem a elaboração e implementação de políticas públicas.

Por meio desses dispositivos, observa-se que a Constituição busca conferir proteção social ao cidadão. Essa proteção oferece cobertura aos riscos “[...] suscetíveis de gerar uma degradação da situação dos indivíduos” (SAVARIS, 2016, p. 43), diferenciando-se da civil, atrelada às liberdades fundamentais, assegurando aos indivíduos bens em um Estado de Direito.

Nas palavras de Nelson Rodrigues dos Santos, “proteção social é a garantia pública do acesso universal a bens e serviços essenciais à dignidade humana, não garantidos pelo mercado” (SANTOS, 2013, p. 5), citando como exemplos a saúde, a educação, a segurança, a habitação, a cultura e a previdência.

A Constituição de 1988, portanto, não se limitou a estabelecer limites do poder público ou das liberdades políticas, foi além: abordou os direitos fundamentais e os sociais, representando “[...] uma mudança de paradigma no fenômeno do direito, a modificar a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, característico das obrigações de fazer que surgem com os direitos sociais.” (BUCCI, 2006, p. 2-3).

Tecidas essas considerações, passa-se a examinar, brevemente, cada uma das bases da Seguridade Social: a Previdência, a Assistência e a Saúde.

A Previdência, em síntese, destina-se à cobertura dos riscos que podem comprometer a capacidade dos indivíduos de, por conta própria, prover a sua independência, tais como a velhice, a morte, a doença, a incapacidade, a miséria, o desemprego. Aqui, vale destacar que a Previdência brasileira surgiu apenas em 1923, com a Lei Elói Chaves, e bastante diferente da forma que hoje é concebida. Naquele tempo, era organizada por empresas e gerida pelas Caixas de Aposentadorias e Pensões (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

Atualmente, cabe ao INSS, uma autarquia federal, vinculada ao Ministério da Previdência Social, promover a arrecadação, gerir os recursos, conceder e manter os benefícios previdenciários. A Assistência é prestada para quem dela necessitar, ou seja, independe de custeio e visa a fornecer um amparo para pessoas vivendo em extrema pobreza. Por meio do benefício assistencial de prestação continuada (BAPC), o Estado concede um salário mínimo ao idoso com mais de 65 anos ou à pessoa com deficiência, cuja renda per capita do grupo familiar seja inferior a  $\frac{1}{4}$  (um quarto) do salário mínimo.

Por fim, a saúde, objeto do presente artigo, constitui dever do Estado e direito de todo cidadão (art. 196, da Constituição). Independentemente de contribuição, ou seja, todo indivíduo tem o direito de ser atendido na rede pública de saúde.

O artigo 196 prevê a sua materialização mediante políticas sociais e econômicas voltadas à redução do risco de doença, além de garantir o acesso universal, gratuito e igualitário.<sup>3</sup> A saúde possui autonomia no âmbito da Seguridade Social, é organizada de forma própria e seu escopo é o mais amplo dos ramos protetivos, haja vista não possuir qualquer restrição à clientela protegida (IBRAHIM, 2011). Se é assim, “[...] a saúde é garantida mediante políticas sociais e econômicas, visando à redução do risco de doença e de outros agravos, com o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços necessários para sua promoção, proteção e recuperação.” (IBRAHIM, 2011, p. 8).

Fixados esses conceitos, passa-se à análise da definição de políticas públicas de saúde, centrando-se no SUS.

### 3 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE – O SUS

Por meio do SUS, todo cidadão possui acesso à saúde, independentemente das necessidades sociais, da sua capacidade de pagar para o sistema, da sua condição no mercado de trabalho (se ativo ou desempregado), ou, ainda, de seu estado de saúde.

Bucci comenta que o SUS é resultado de um aprimoramento das técnicas e modelos anteriores à Constituição de 1988, mobilizando a esfera política e social “com vistas a alcançar o nível máximo de garantia proporcionado pelo sistema jurídico.” (BUCCI, 2006, p. 17).

Dentre as influências, está o movimento de reforma sanitária, nos anos 70, responsável por fomentar o debate sobre a possibilidade de implementar um sistema de saúde público e de qualidade (CRUZ; TEIXEIRA; AZEVEDO, 2016).

Em resumo, o texto constitucional incorporou a ideia de que a saúde é “[...] produto das relações sociais e econômicas de determinada sociedade, por meio da indicação de que as políticas sociais e econômicas devem concorrer para a redução do risco de doença e de outros agravos.” (DORES, 2013, p. 79). Antes disso, a saúde era tutelada como um direito exclusivo do cidadão pertencente a uma determinada classe ou categoria de trabalhadores. Em outros termos, era restrito aos indivíduos que exerciam atividade laborativa, por meio das caixas de assistência (MOURA; ORDACGY, 2014).

O próprio Ministério da Saúde somente foi criado em 1930, e, nesse início, o objetivo do Estado era fornecer o início da assistência médica individual (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006). O caráter coletivo, com campanhas de vigilância sanitária, somente foi implementado em solo pátrio na década de 50, momento em que se nota o amparo médico no âmbito de instituições previdenciárias (PAULUS JÚNIOR; CORDONI JÚNIOR, 2006).

Nos anos 70, os movimentos sociais e políticos contra a ditadura foram determinantes para o surgimento do SUS, conforme ensina Nelson Rodrigues dos Santos (SANTOS, 2013).

A reforma sanitária constituía uma bandeira para os anseios de uma sociedade mais justa e solidária, que buscava um Estado que pudesse proporcionar direitos humanos básicos.

A previsão constitucional foi regulamentada pela Lei 8.080/90. Logo, em seu artigo 2º,<sup>4</sup> a Lei Orgânica do Sistema de Saúde Nacional reforça a premissa acerca da jusfundamentalidade da saúde, cabendo ao SUS a formulação e a execução de políticas públicas, voltadas não só ao cidadão, mas também ao profissional que nele atua, a fim de que exerça seu ofício com dignidade, em um ambiente salubre, além da iniciativa privada “[...] resguardando a saúde da população no exercício da atividade econômica e científica.” (MOURA; ORDACGY, 2014, p. 55).

Importante destacar que o posicionamento é corroborado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF): “o direito à saúde é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço.” (BRASIL, 2010, *online*).

Nessa esteira, fala-se na aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais, não bastando a mera promessa, mas sim a concretização, porque a “constitucionalização de direitos implica na sua eficácia.” (ZAGURSKI; PAMPLONA, 2016, p. 101).

Para atingir esse desiderato, o Estado vale-se das políticas públicas.

Ocorre que o conceito de política pública não é unívoco e, de acordo com Celina Souza, inexistente uma única ou melhor forma de conceituá-la (SOUZA, 2006). Há definições mais gerais, centradas em ações do governo, conduzindo o raciocínio de que seriam o conjunto de ações governamentais responsável por produzir determinados efeitos ou, então, a soma das atividades do governo que influenciam a vida dos indivíduos. Há quem se pautem no critério finalístico, a solução dos problemas, valorizando aspectos racionais e procedimentais (SOUZA, 2006).

Nesse contexto, é importante olhar para o *locus* em que essas ideias se desenvolvem: nos governos. E, para essa tarefa, é imprescindível assumir uma visão holística do tema, não desprezando a fundamentalidade dos indivíduos, das instituições, das interações, dos interesses e das ideologias (SOUZA, 2006), eis que há repercussões políticas, econômicas e sociais. Ademais, por meio das políticas públicas, os governos “traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real.” (SOUZA, 2006, p. 26).

A ação estratégica é, de acordo com Maria Paula Dallari Bucci, um traço distintivo das políticas públicas, pois “incorpora elementos sobre a ação necessária e possível naquele momento determinado, naquele conjunto institucional e projeta-os para o futuro mais próximo.” (BUCCI, 2006, p. 19). Esses elementos podem decorrer de uma exigência popular, de um fato, de uma pesquisa, até mesmo pelo anseio de reeleição ou por interesses políticos (MESQUITA; PAMPLONA, 2015).

De qualquer maneira, cabendo à Administração pôr em prática as diretrizes estabelecidas no texto constitucional, promovendo direitos fundamentais, tal mecanismo necessita de ações e programas, dos mais variados tipos.

Nessa esteira, “é fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e, muitas vezes, detalhados pelo legislador) [...]” (BARCELLOS, 2008, p. 116-117), especialmente no que tange aos direitos fundamentais cuja fruição depende de ações. O conceito clássico de políticas públicas é de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é definida como programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas (coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, p. 14).

No que tange às políticas públicas de saúde, estas “[...] devem garantir o acesso ao serviço público hospitalar e ambulatorial para todos os cidadãos independentemente de condições pessoais, sem preconceitos ou privilégios” (MOURA; ORDACGY, 2014, p. 57), observando a continuidade das prestações oferecidas pelo Estado e a eficiência de técnicas e processos para garantir o melhor desempenho possível.

Nesse contexto, vale lembrar que a promoção da saúde impulsiona a qualidade de vida, reduz a vulnerabilidade social e promove o desenvolvimento sustentável (SANTOS et al., 2016).

Essa proteção decorre de valores incorporados pelo constitucionalismo contemporâneo, não sendo diferente o brasileiro, fazendo que as disposições constantes na Constituição sejam dotadas de normatividade, ou seja, produzem efeitos e “desfrutam da imperatividade própria do direito”. Além disso, “gozam de superioridade hierárquica no âmbito do sistema jurídico.” (BARCELLOS, 2008, p. 115).

Outro axioma teórico do constitucionalismo contemporâneo, conforme ensinamento de Barcellos, é o *status* diferenciado dos direitos fundamentais. Eles configuram o centro do ordenamento jurídico pátrio, significando que “[...] tanto o Estado como o Direito existem para proteger e promover os direitos fundamentais, de modo que tais estruturas devem ser compreendidas e interpretadas em conta dessa diretriz.” (BARCELLOS, 2008, p. 115). Por fim, não se pode olvidar que os poderes são submissos à Constituição, responsável por estabelecer vinculações aos agentes políticos, especialmente no que se refere à promoção dos direitos fundamentais (BARCELLOS, 2008).

Ocorre que é corriqueira a informação acerca da insuficiência do Estado em prover os direitos constitucionalmente consagrados, especialmente na área da saúde. Até porque “[...] o fato é que toda e qualquer ação estatal envolve gasto de dinheiro público, e os recursos públicos são limitados.” (BARCELLOS, 2008, p. 117).

Necessário, portanto, avaliar como ocorre o financiamento da saúde.

## 4 AS LIMITAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E O FINANCIAMENTO DA SAÚDE

A saúde, como um direito social, está vinculada à segunda dimensão dos direitos fundamentais, também são denominados como sendo prestacionais. Bucci os considera como direitos-meio, haja vista destinarem-se a assegurar o indivíduo a gozar dos direitos individuais de primeira dimensão (BUCCI, 2006).

Isso não implica dizer que a saúde possui caráter absoluto, pois, conforme entendimento do STF,

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL, 1999, *online*).

O trecho acima demonstra que a Suprema Corte brasileira se posiciona no sentido de haver limitações aos direitos fundamentais. Assim, é possível afirmar que “os serviços públicos, enquanto atividades prestadas pelo Estado em função da fruição dos interesses da coletividade, submetem-se a princípios gerais que impõem ao administrador o dever de garantir a sua generalidade, a sua continuidade e a sua eficiência.” (MOURA; OSDACGY, 2014, p. 50).

Uma dessas restrições seria de índole orçamentária, pois o planejamento estatal é materializado por meio do orçamento

[...] que estabelece um conjunto de ações a serem realizadas, durante um período de tempo determinado, estimando o montante das fontes de recursos a serem arrecadados pelos órgãos e entidades públicas e fixando o montante de recursos a serem aplicados pelos mesmos na consecução dos seus programas de trabalho, a fim de manter ou ampliar os serviços públicos, bem como realizar obras que atendam as necessidades da população (MOTA, 2009, p. 26).

De outro giro, o texto constitucional impõe um mínimo a ser aplicado em ações e serviços públicos de saúde.<sup>5</sup> Os mínimos a serem investidos e o cumprimento dos dispositivos constitucionais são expressos por meio de leis orçamentárias, como o Plano Plurianual (PPA) que é um “instrumento de planejamento definidor de objetivos, diretrizes e metas da Administração Pública Federal para o período de quatro anos, que compreende todos os recursos do Estado, organizando o gasto de maneira a gerar os melhores resultados possíveis” (PEREIRA, 2015, p. 294), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), que, dentro do PPA, lista quais os programas de prioridade na execução do orçamento e a Lei Orçamentária Anual (LOA), responsável por vincular os recursos à execução das políticas públicas.



Nesse contexto, importante destacar o advento da Emenda Constitucional nº 95/2016, que alterou o ato das disposições constitucionais transitórias, instituiu novo regime fiscal e estabeleceu um teto para despesas primárias. Em resumo, o ato desvinculou “[...] das despesas com saúde e educação na CF com relação às receitas, e seu congelamento no valor real de 2016” (VIEIRA; BENEVIDES, 2016, p. 7). Dessa forma, o congelamento do gasto por 20 anos, com valores de 2016, afetará negativamente os serviços de saúde. Tal premissa decorre do fato de que a população brasileira aumentará e envelhecerá, aumentando a demanda e os custos do SUS.

Tecidas essas considerações e partindo do fato de que o Estado não dispõe de recursos próprios para fornecer os direitos e as garantias preconizados pela Constituição, a sociedade é chamada para contribuir com o financiamento (FAIM FILHO, 2011). Nos Estados contemporâneos, esses recursos advêm, essencialmente, dos tributos. Marcelo Guerra Martins lembra que “todas as obrigações que envolvem o Estado (seja como credor ou devedor) são satisfeitas por meio do dinheiro (v.g. pagamento de tributos, remuneração dos funcionários públicos, contratação de compras e serviços diversos etc)” (MARTINS, 2011, p. 822). Assim, não há como fugir à regra de que “as ações estatais capazes de realizar os direitos fundamentais pressupõem decisões acerca do dispêndio de recursos públicos.” (BARCELLOS, 2008, p. 116).

Conforme visto anteriormente, a Constituição ampliou os direitos sociais em nosso país, sendo natural, portanto, que o Brasil passasse a adotar medidas visando a garantir a aplicação dos recursos em áreas determinadas.

Trata-se de mecanismo voltado a impedir ou, ao menos, dificultar, o corrompimento das finalidades.

Nessa esteira, no artigo 195, cuidou o constituinte de tratar da forma de financiamento de modelo de Seguridade Social, estabelecendo que esta será custeada de duas formas: diretamente, pelas contribuições sociais e indiretamente, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Analisando esse dispositivo, pode-se afirmar que a Constituição demonstrou acentuada preocupação em criar uma fonte de financiamento capaz de atender aos serviços oferecidos pela Seguridade Social, impondo a responsabilidade pelo custeio a toda população. As contribuições sociais podem ser definidas como uma espécie tributária, em que pese haver controvérsia na doutrina.<sup>6</sup> Para o presente trabalho, importante ressaltar que o traço diferenciador desse tributo é a destinação, ou seja, indispensável se torna o exame do momento posterior ao da arrecadação.

Diferem-se, nesse quesito, dos impostos, os quais são carreados a uma caixa comum e, portanto, financiam despesas gerais, garantindo a flexibilidade na gestão administrativa, eis que os recursos podem ser realocados para uma área específica, em dificuldade orçamentária (MARTINS, 2011).

Para sua cobrança, os impostos independem de uma atuação estatal específica, como dispõe o artigo 16 do Código Tributário Nacional (CTN).<sup>7</sup> Consequentemente, fala-se na ausência de vinculação dos impostos, e o seu corrompimento não é considerado

inconstitucional, mesmo que afete a aplicação de parte de recursos a áreas como saúde e educação (MARTINS, 2011).

O mesmo raciocínio, contudo, não se aplica às contribuições em geral, que foram implementadas pelo constituinte justamente para atender a finalidades específicas, sendo este seu traço diferencial, conforme explicam Santi e Canado (2009).

Em outros termos, ao depararmos com as contribuições, não basta examinar o momento de recebimento do tributo, é indispensável o controle do momento posterior: “o momento da destinação do *quantum* pago pelo contribuinte.” (SANTI; CANADO, 2009, p. 621). Se não for possível controlar a destinação das contribuições, haverá a sua desqualificação, comprometendo até mesmo a sua existência (SANTI; CANADO, 2009), especialmente quando se fala das contribuições, eis que têm “finalidade específica e referibilidade.” (MACHADO, 2011, p. 1050).

E a doutrina pátria é forte nesse sentido.<sup>8</sup> Martins fala que se trata de uma questão de causa e efeito: a desvinculação das contribuições padece de constitucionalidade (MARTINS, 2011). Não por acaso, portanto, que há tempos Fernando Facury Scaff alerta para a importância do estudo da segunda e da terceira dimensão de direitos quando abordado o debate inerente aos direitos humanos e tributação (SCAFF, 2004). A vinculação das receitas a determinadas despesas pode ser um empecilho para alguns administradores públicos. Nesse sentido, João Batista Lazzari comenta que a maior dificuldade para implantação do SUS foi a existência de um “financiamento definido e suficiente para os investimentos na rede de serviços, à cobertura assistencial ambulatorial e hospitalar e às demais ações de saúde.” (LAZZARI, 2003, p. 76). Para os fins do presente artigo, não se irá examinar a inconstitucionalidade da ausência de destinação, mas sim o impacto dessa medida nas políticas públicas de saúde.

## 5 A DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS DA UNIÃO

A DRU é um mecanismo criado em 1994 que desobriga a União a repassar recursos vinculados à Seguridade Social e às contribuições sociais. É considerada uma regra *sui generis* e polêmica pelo fato de atribuir finalidade diversa à parcela do arrecadado pela União (MARTINS, 2011).

O objetivo do governo, naquela época de transição da moeda e da estabilidade econômica gerada pelo Plano Real, era possuir um instrumento temporário de desvinculação, “pois havia o temor de que, sem a corrosão no valor real das despesas orçamentárias provocada pela elevada inflação, os orçamentos da União ficassem excessivamente engessados.” (COSTA; TOLLINI, 2011, p. 945).

Sua instituição ocorreu por meio da Emenda Constitucional de Revisão (ECR) n. 1/94 e, na ocasião, foi denominada Fundo Social de Emergência (FSE). A vigência desse fundo durou 2 anos, sendo renovado em 1996, pela EC 10/96, que passou a denominá-lo de Fundo

de Estabilização Fiscal (FEF). Tratava-se do início da estratégia governamental “de liberar parte das receitas vinculadas para supostamente promover o ajuste fiscal.” (MARTINS, 2011, p. 833). Uma nova renovação ocorreu em 1997, por meio da EC 17/97, até que, em 2000, nasceu a DRU, cujos efeitos “estão restritos às desvinculações das contribuições sociais e das contribuições econômicas. A educação deixou de perder recursos com a EC n. 59/2009.” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015, p. 136).

A DRU, portanto, estava programada inicialmente para vigor somente até dezembro de 2003, contudo vem sendo renovada e permanece ativa (MARTINS, 2011). Com isso, parte da receita arrecadada pela Seguridade Social tem sido corrompida pela desvinculação de receitas da União. A sua previsão é no artigo 76 do ADCT, que retirava, até o ano de 2015, 20% da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e taxas. Portanto, qualquer análise da importância que os direitos sociais tenham no Brasil deve ser feita a partir dos recursos que lhe são efetivamente destinados. Somente observar os dispositivos constitucionais que garantem a atribuição de recursos para a saúde, por exemplo, não é o suficiente para uma conclusão acurada sobre o tema. Necessário é, ainda, levar-se em consideração o percentual permitido de desvinculação. O sistema funciona de modo a, por uma via, destinar recursos, e, por outra via, retirá-los do montante da destinação.

Em 2016, a DRU foi renovada e majorada para 30%:

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data (BRASIL, 2016, *online*).

Essas sucessivas prorrogações afetam diretamente o equilíbrio financeiro e atuarial da Seguridade Social, do qual faz parte a Saúde, pois praticamente um terço das contribuições sociais são aplicadas em áreas estranhas à Seguridade Social.

Anualmente a Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (ANFIP) divulga um estudo denominado Análise da Seguridade Social, no qual faz um balanço das receitas e das despesas desse sistema protetivo, a fim de verificar a sua viabilidade e sustentabilidade. Essa obra é de fundamental importância para desmistificar certos conceitos usualmente divulgados acerca do déficit da Seguridade Social.

O relatório divulgado no ano de 2015 refere-se à execução do orçamento da Seguridade Social em 2014, considerando, ainda, números de anos anteriores. Vale destacar que o país experimentou, desde 2014, um aumento do desemprego, da retenção econômica e um aumento das renúncias tributárias (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015).

Em que pese esse baixo crescimento econômico e volumosas desonerações, a ANFIP informa que a Seguridade Social apresentou bons números em 2014, com receitas superiores às despesas, ou seja, o sistema foi superavitário. A arrecadação foi de R\$ 686,1 bilhões,

superando em R\$ 35,1 bilhões a arrecadação de 2013 (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015).

Já as despesas da Seguridade somaram R\$ 632,2 bilhões, 10% acima dos valores de 2013. De qualquer forma, o Orçamento da Seguridade Social apresentou um resultado positivo, em 2014, de R\$ 53,9 bilhões (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015).

Somente por esses números, verifica-se que, apesar de superavitário, os gastos da Seguridade Social vêm se acentuando. E, de acordo com a ANFIP, a principal fonte de esvaziamento decorre da Desvinculação de Receitas da União (DRU).

Em 2014, a DRU retirou do Orçamento da Seguridade Social R\$ 63,2 bilhões, ou seja, 10% das despesas contabilizadas no ano anterior. Assim, na contramão das necessidades da população, a DRU demanda uma redução nas despesas por retirar do orçamento a previsão de valores constitucionalmente recolhidos para cobrir exatamente a Seguridade Social. Trata-se de quantia significativa que compromete a viabilidade do sistema a longo prazo e, especialmente, a implementação de novos benefícios à população (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015). Em 2013, a retirada foi de R\$63,4 bilhões, de acordo com a ANFIP (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2014).

E o mais impactante é que “essa subtração de recursos não aparece nos relatórios governamentais como uma transferência de recursos da Seguridade Social para o Orçamento Fiscal. É como se esses recursos fossem, por natureza, do Orçamento Fiscal.” (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, 2015, p. 137).

Franselmo Araújo Costa e Helio Martins Tollini, em artigo que aborda as vinculações das receitas orçamentárias fiscais e da Seguridade Social, expuseram que, no ano de 2011, o “déficit” foi de R\$50 bilhões de reais (COSTA; TOLLINI, 2011). Contudo, a DRU foi responsável por suprimir R\$51,8 bilhões. Em outros termos, nota-se que o mecanismo corrompeu as contas da Seguridade Social. Caso não houvesse a DRU, não haveria que se falar em despesas superiores às receitas.

Durante o período de 1995 a 2005, a DRU desviou R\$267 bilhões (GENTIL, 2006). E mais, considerando o período de 1999 a 2005, as receitas da Seguridade Social sempre foram superiores aos gastos, produzindo excedente para o orçamento fiscal (GENTIL, 2006). De acordo com esses dados, observa-se que a Seguridade Social como um todo e, portanto, a Saúde, a Previdência e a Assistência são afetadas com as desvinculações realizadas pela DRU.

Sem a aplicação desse mecanismo, mais recursos poderiam ser utilizados para aprimoramento do SUS e das políticas públicas de saúde como um todo, como na contratação de servidores, na modernização dos equipamentos, na construção de novos hospitais, na realização de campanhas preventivas, o que contribuiria, e muito, para garantir eficiência a esse direito fundamental.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As finanças públicas são determinantes para os objetivos de um país, exercendo grande influência na possibilidade de desenvolvimento econômico e social. Assim, cresce a importância da gestão pública, especialmente no que se refere ao dinheiro arrecadado.

Nesse contexto, por ser o Brasil uma república federativa e democrática, os gastos governamentais devem corresponder aos anseios do povo. Raquel Cavalcanti Ramos Machado ensina que a receita pública, em um Estado Social e Democrático de Direito, não se limita a legitimar o diálogo do Estado e da sociedade, vai além: deve possibilitar a concretização de direitos sociais, respeitando a capacidade contributiva e a possibilidade de desenvolvimento individual (MACHADO, 2011).

Essa perspectiva é de suma importância para as políticas públicas, não sendo diferente com as de saúde. A Constituição de 1988 impõe que esse direito deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, as quais, conforme visto nesse artigo, dependem do orçamento de cada ente da federação. Nesse contexto, a implementação desse direito fundamental depende de recursos.

No que tange à estrutura tributária da União, quando se fala das contribuições, é inegável a necessidade da destinação. Assim, com a Desvinculação de Receitas da União (DRU), não pode o Estado alegar escassez de recursos, a fim de justificar a precariedade do Sistema Único de Saúde (SUS) ou, então, para promover reformas previdenciárias.

A concepção de constitucionalismo contemporâneo faz com que os direitos garantidos constitucionalmente devam ser concretizados, sendo papel do Estado aplicar adequadamente os recursos arrecadados e, dessa forma, atender às necessidades coletivas.

Não é o que vem ocorrendo com o sistema de Seguridade Social brasileiro, cujo orçamento é afetado pela DRU, impactando a realização de políticas públicas.

Nesse contexto, é imperiosa a participação mais ativa da sociedade na elaboração e aprovação de orçamentos, de audiências públicas, de execução dos atos governamentais, de modo a ter políticas públicas adequadas à realidade e às necessidades coletivas.

Igualmente se revela importante a fiscalização do orçamento por meio das entidades representativas, pelos órgãos de classe, pelos auditores da receita federal para aumentar o controle e a transparência sobre o emprego e os gastos públicos.

### THE IMPACT OF DETACHING UNION REVENUE ON PUBLIC HEALTH POLICIES

#### ABSTRACT

The 1988 Constitution implemented the model of Social Security in Brazil, formed by Social Security, Assistance and Health. These are social rights, of the second dimension, which require actions by the State apparatus. For the purposes of this article, the methodological

cut is made in Health and, especially, in the form proposed to make it effective: through public policies. To achieve this, it is indispensable to have resources. And the Social Security budget is directly affected by an institute called Detachment of Union Revenue, which is responsible for assigning a different purpose to the amount collected as social contributions. Thus, the premise of the lack of financial resources for the State to provide due protection to the individual in this area remains controversial, and the purpose of this article is to deepen the knowledge of the subject. In order to reach this goal, the work initially addressed the Brazilian Social Security, focusing on the Universal Health System (*Sistema Único de Saúde*), to then examine the public health policies, their financing and, finally, the Detachment of Union Revenue.

**Keywords:** Social Security. Detachment of Union Revenue. Public Policy. Health.

## EL IMPACTO DE LA DESVINCULACIÓN DE HACIENDAS DE LA UNIÓN EN POLÍTICAS PÚBLICAS DE SALUD

### RESUMEN

La Constitución de 1988 implementó el modelo de Seguridad Social en el país, compuesto por la Previdencia, la Asistencia y la Salud. Se tratan de derechos sociales, de segunda dimensión, que necesitan de acciones del Estado. Para los fines del presente artículo, el recorte metodológico es realizado en la Salud, y, en especial, en la forma con que el ordenamiento establecido propuso para tornarla efectiva: a través de políticas públicas. Para attingir ese fin, es indispensable la existencia de recursos. Y el presupuesto de la Seguridad Social es afectado directamente por un instrumento denominado Desvinculación de Haciendas de la Unión (DRU), responsable por atribuir finalidad diversa al montante arrecadado como contribuciones sociales. Así, queda controvertida la premisa de ausencia de recursos financieros para que el Estado fornezca la debida protección al individuo en ese tema; el objetivo de este artículo es de profundizar el conocimiento en el asunto. Para attingir esa aspiración, el trabajo abordó inicialmente la seguridad social brasileña, con enfoque en el SUS, para entonces examinar las políticas públicas de salud, su financiamiento y, por fin, la DRU.

**Palabras-clave:** Seguridad Social. Desvinculación de Haciendas de la Unión. Políticas Públicas. Salud.

---

1 Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

2 Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
  - II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
  - III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
  - IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
  - V - equidade na forma de participação no custeio;
  - VI - diversidade da base de financiamento;
  - VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.
- 3 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
- 4 Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.  
§ 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.  
§ 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.
- 5 Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:  
[...]  
§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)  
I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 86, de 2015)  
II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)  
III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000)
- 6 Para embasar a assertiva acerca da natureza jurídica das contribuições sociais, utilizou-se a doutrina de Paulsen e Velloso (2013, p. 61).
- 7 Art. 16. Imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.
- 8 Dentre os exemplos citam-se: Greco (2000). Ataliba (1997).

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL. **Análise da Seguridade Social 2014**. Brasília: ANFIP, 2015.

\_\_\_\_\_. **Análise da Seguridade Social 2013**. Brasília: ANFIP, 2014.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. São Paulo: Malheiros, 1997.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 734.487**. Relator: Min. Ellen Gracie. Paraná, 3 de agosto de 2010. 2ª T, DJE de 20 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginadorjsp?docTP=AC&docID=613652>>. Acesso em: 13 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança 23452**, de 16 de setembro de 1999. Relator: Celso de Mello. Brasília, setembro de 1999. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000020700&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 13 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Emenda constitucional nº 93, de 8 de setembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para prorrogar a desvinculação de receitas da União e estabelecer a desvinculação de receitas dos Estados, Distrito Federal e Municípios. **Presidência da República**, Brasília, set. 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc93.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc93.htm)>. Acesso em: 13 set. 2016.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Franselmo Araújo; TOLLINI, Hélio Martins. Vinculações das receitas orçamentárias: teoria e prática. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 933-956.

CRUZ, César Albenes de Mendonça; TEIXEIRA, Janine Vieira; AZEVEDO, Ana Paula. Universalidade do atendimento à saúde no Brasil: impasses e perspectivas. **Revista de Políticas Públicas**, Maranhão, v. 20, p. 201-220-220, 2016.

DIAS, Maria Socorro de Araújo et al. Judicialização da saúde pública brasileira. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 2, p. 133-146, 2016.

DORES, Camilla Japiassu. As bases da saúde lançadas pela Constituição Federal de 1988: um sistema de saúde para todos? **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 3, p. 77-89, 2013.

FAIM FILHO, Eurípedes Gomes. A Judicialização da Saúde e seus Reflexos Orçamentários. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1009-1044.

GENTIL, Denise Lobato. **A política fiscal e a falsa crise da seguridade social brasileira: análise financeira do período 1990-2005**. 2006. 128 f. Tese (Doutorado) - Instituto de economia, do centro de ciências jurídicas e econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006.

GRECO, Marco Aurélio. **Contribuições: uma figura sui generis**. São Paulo: Dialética, 2000.

HALL, Peter A.; LAMONT, Michéle. Introduction. In: HALL, Peter A.; LAMONT, Michéle (Org.). **Successful societies: how institutions and culture affect health**. New York: Cambridge University Press, 2009. E-book.



HALL, Peter A; TAYLOR, Rosemary CR. Health, social relations and public policy. In: HALL, Peter A.; LAMONT, Michéle (Org.). **Successful societies: how institutions and culture affect health**. New York: Cambridge University Press, 2009. E-book.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LAZZARI, João Batista. Fontes de Financiamento do Sistema Único de Saúde. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 4, p. 75-84, 2003.

MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A mudança do paradigma orçamentário: do controle do estado para a implementação de políticas públicas: a função da receita pública no Estado Democrático e Social de Direito. In: CONTI, José Mauricio; SCAFF, Fernando Facury. (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 1045-1066.

MARTINS, Marcelo Guerra. As vinculações das receitas públicas no orçamento. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury (Org.). **Orçamentos públicos e direito financeiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 821-845.

MESQUITA, Eduardo Melo de; PAMPLONA, Danielle Anne Pamplona. Judiciário e políticas públicas: um exemplo positivo. **Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 20, n. 3, p. 885-906, 2015.

MOTA, Francisco Glauber Lima. **Contabilidade aplicada ao setor público**. Brasília: Coleção Gestão Pública, 2009.

MOURA, Emerson Affonso da Costa; ORDACGY, Fabrizia da Fonseca Passos Bittencourt. Direito à saúde, políticas públicas do Sistema Único de Saúde e o acesso ao serviço público hospitalar e ambulatorial. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, p. 49-59, 2014.

PAULSEN, Leandro; VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: teoria geral, contribuições em espécie**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

PAULUS JÚNIOR, Aylton; CORDONI JÚNIOR, Luiz. Políticas públicas de saúde no Brasil. **Espaço para a Saúde**, Paraná, v. 8, p. 13-19, 2006.

PEREIRA, Fernanda Tercetti Nunes. Ativismo Judicial e Direito à Saúde: a judicialização das políticas públicas de saúde e os impactos da postura ativista do Poder Judiciário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 291-308, 2015.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CANADO, Vanessa Rahal. Direito Tributário e direito financeiro? Reconstruindo o conceito de tributo e resgatando o controle da destinação. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de. **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Débora Aparecida Silva et al. Percorrendo os caminhos da relação entre as políticas públicas de saúde e do meio ambiente. **Revista de Políticas Públicas**, Maranhão, v. 20, p. 137-152, 2016.

SANTOS, Nelson Rodrigues dos. SUS, política pública de Estado: seu desenvolvimento instituído e instituinte e a busca de saídas. **Ciência de saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 273-280, jan. 2013.

SANTOS, Nelson Rodrigues. Políticas públicas de saúde: qual o rumo?. **Cebes Centro Brasileiro de Estudos de Saúde**, Rio de Janeiro, 2013. Disponível em: <[http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/Sus\\_politica.pdf](http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/Sus_politica.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2016.

SAVARIS, José Antonio. **Direito processual previdenciário**. Curitiba: Alteridade Editora, 2016.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos humanos e a desvinculação das Receitas da União. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 33-50, 2004.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologia**, Porto Alegre, v. 8, n. 16, p. 20-45, 2006.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: o orçamento na constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 5.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. **Nota Técnica Ipea n° 28: os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**. Brasília: IPEA, 2016. (Nota técnica).

ZAGURSKI, Adriana Timóteo; PAMPLONA, Danielle Anne. Judicialização da saúde e orçamento público. **Revista do Direito**, Rio Grande do Sul, v. 1, p. 92-117, 2016.

Submetido: 9 jun. 2017

Aprovado: 18 set. 2017

# COMUNIDADES EPISTÊMICAS E A PRODUÇÃO DOS DECRETOS DE INDULTO NO BRASIL

*Bruno Amaral Machado\**

*Reinaldo Rossano Alves\*\**

1 Introdução. 2 Comunidades epistêmicas e política criminal. 2.1 As comunidades epistêmicas como categoria de análise. 2.2 A influência das comunidades epistêmicas na produção legislativa. 3 A produção dos decretos de indultos no Brasil. 3.1 Organizações que participam na produção dos indultos. 3.2 O CNPCP como comunidade epistêmica: origem, organização e funções. 4 A produção do decreto de indulto de 2014-2015: aspectos político-criminais e atores envolvidos. 5 O decreto de indulto de 2016 – restrição às hipóteses de incidência e a renúncia de membros do CNPCP. 6 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O artigo analisa o papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-CP) na edição dos decretos de indulto no Brasil, retomando o conceito de comunidades epistêmicas. No Brasil, o órgão encarregado de elaborar a minuta do decreto de indulto é o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP-CP), que a remete, via Ministro da Justiça, à Presidência da República para apreciação e publicação posterior do decreto. Assim, a pesquisa articulou-se a partir de dois problemas: identificar se o CNPCP pode ser descrito como comunidade epistêmica que orienta a produção de indultos no Brasil e, caso positivo, se nele há uma visão teórica hegemônica/compartilhada. Para a resposta aos problemas, utilizou-se da técnica de análise de conteúdo, complementada com entrevistas em profundidade de membros e ex-membros do CNPCP. Concluiu-se que o CNPCP é uma comunidade epistêmica que orienta a produção de indulto no Brasil e que, nos últimos anos, nota-se que seus membros compartilham ideário predominantemente minimalista, variável relevante para compreender o aumento das hipóteses de incidência e flexibilização das regras da concessão do benefício. De outro ângulo, a produção dos decretos de indultos insere-se no âmbito político, de competência da Presidência da República, o que se depreende quando, em contextos sociais e políticos específicos, o Presidente da República, ao definir o conteúdo dos decretos de indulto, editou decretos distintos

\* Professor da Graduação e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas do Centro Universitário de Brasília- UNICEUB. Doutor em Direito na especialidade jurídico-penal (Universidade de Barcelona). Pós Doutorado em Sociologia (Universidade de Brasília/John Jay-NY). Líder do Grupo de Pesquisa Política Criminal. Promotor de Justiça em Brasília. E-mail: <brunoamachado@hotmail.com >.

\*\* Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceub. Defensor Público no Distrito Federal. Coordenador do Núcleo de Execução Penal da Defensoria Pública do Distrito Federal. Professor universitário. E-mail: <reinaldorossano@yahoo.com.br>.

daqueles propostos pelo CNPCP, a despeito do conhecimento técnico da comunidade integrante desse órgão.

**Palavras-chave:** Indulto. Comunidade epistêmica. CNPCP. Produção legislativa. Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

A expansão do Direito Penal tornou-se objeto de interesse das ciências penais nos últimos anos. Entre as distintas visões do fenômeno, argumenta-se que haveria verdadeiro consenso de setores da sociedade sobre a necessidade da intervenção penal como estratégia para a defesa de interesses sociais (SÁNCHEZ, 2001; MACHADO, 2012). Parte da literatura associa o fenômeno à hegemonia da punitividade, categoria criminológica que remete à cultura do controle penal, que cronologicamente coincide com o crescimento das taxas de encarceramento (GARLAND, 2001, 2004; PRATT, 2002). Recentemente, a referida categoria teórica foi submetida à crítica. Argumenta-se que se trata de conceito impreciso, não raramente apresentado de forma irrefletida, desfocada da complexidade das variadas formas assumidas pelo controle penal. O crescimento geométrico das penas privativas de liberdade coincide temporalmente com as mais variadas iniciativas no sentido da diversificação das sanções impostas, tais como as medidas alternativas e os substitutivos às penas privativas de liberdade (MATTHEWS, 2015).

O campo de estudo político-criminal, no Brasil, também tem despertado o interesse de pesquisadores. O mapeamento da produção legislativa penal evidencia os diferentes interesses envolvidos na produção do Direito Penal e do Processual Penal. As contradições e as ambiguidades das novas estratégias punitivas também foram objeto de estudos recentes no Brasil (FRADE, 2007; GAZOTO, 2010; AZEVEDO, CIFALI, 2016). A inexistência de critérios racionais que orientem a política criminal no Brasil preocupa especialistas na área penal e na área de segurança pública. Inspirado pela necessidade de estabelecer mecanismos de accountability na produção legislativa penal, Carvalho sugeriu Lei de Responsabilidade Criminal como diretriz que poderia estabelecer parâmetros dos parlamentares e exigências de responsabilidade pela produção de leis penais, em grande parte desconectadas da realidade, movidas por objetivos irrealizáveis e que agravariam a situação carcerária no Brasil (CARVALHO, 2008). Hoje tramita, no Congresso Nacional, o PLC n. 4373/2016, que pretende criar a “Lei de Responsabilidade Político-Criminal” (BRASIL, 2016a). O projeto, movido por ideários minimalistas, ou estratégias gerenciais, indica que “a aprovação de leis penais sem prévios estudos técnicos e empíricos provoca impacto na vida dos brasileiros”.

Em recente relatório que apresentamos à Rede Europeia e Latino-americana contra a Tortura (RELAPT), foi possível apresentar descrição parcial do encarceramento brasileiro nos últimos anos. O Brasil ocupa o terceiro lugar<sup>1</sup> entre os países com o maior número de encarcerado e um elevado percentual de presos provisórios. O relatório retratou também as péssimas condições da maioria dos estabelecimentos prisionais (ZACKSESKI, MACHADO,

AZEVEDO, 2016). As dificuldades gerenciais originadas do desequilíbrio entre o número de vagas e as taxas de encarceramento ocupam a atenção de críticos e dos meios de comunicação. A insatisfação quanto às políticas de segurança pública, frequentemente associadas a fatores complexos, bem como as demandas por critérios supostamente mais racionais de controle penal têm atraído a atenção para os contextos em que são idealizadas as propostas legislativas e os condicionantes que viabilizam a aprovação das novas legislações.

Em obra seminal, Becker descreve a atuação do que denomina de empresários morais, lideranças ou grupos que movimentam novas demandas penais. A influência de especialistas perante o Legislativo ou nos nichos de articulação na produção normativa sugere a constituição de grupos profissionais que, muitas vezes, orientam os processos legislativos. Não raramente, contudo, as propostas de criminalização estão associadas a cruzadas morais ou religiosas (BECKER, 2008). O tema remete a um campo de pesquisa pouco explorado no Brasil. O papel das assim descritas comunidades epistêmicas (HAAS, 1992; ENGUÉLÉ-GUÉLÉ, 1998), na produção legislativa, constitui-se em objeto de interesse atual que merece aprofundamento. Certamente, há uma diversidade de visões de penalistas, cientistas sociais e burocratas que ocupam distintas posições nas organizações estatais sobre a intervenção penal. Além disso, é desejável que as políticas públicas sejam submetidas a instrumentos e a parâmetros para avaliação de resultados, o que reforça o papel que a *expertise* pode desempenhar tanto no momento da idealização dos projetos quanto na avaliação das formas de implantação.

O presente artigo utiliza-se do conceito de comunidades epistêmicas (HAAS, 1992; ENGUÉLÉ-GUÉLÉ, 1998) e tem por objetivo analisar o papel do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na produção dos decretos de indultos no Brasil. As comunidades epistêmicas são redes de profissionais e *experts* com conhecimento relevante e que partilham um conjunto de crenças normativas, modelos causais e propostas políticas concretas. A nossa análise concentra-se especialmente no papel desempenhado pelo CNPCP, órgão responsável por elaborar a minuta de decreto de indulto que é submetida ao crivo da Presidência da República, para o exercício de sua atribuição constitucional. Este artigo orienta-se pelos seguintes questionamentos: o CNPCP pode ser descrito como comunidade epistêmica que orienta a produção de indultos no Brasil? Se assim ocorre, há uma visão teórica hegemônica/compartilhada no interior do CNPCP?

Para a realização da pesquisa, utilizamos a técnica da análise de conteúdo de legislações e minutas de decreto, complementada com entrevistas em profundidade com membros e ex-membros do CNPCP. Entre agosto de 2014 e julho de 2015, foram entrevistados Beatriz Vargas Gonçalves de Rezende, relatora do Decreto de indulto de 2014, Rodrigo Duque Estrada Roig, membro do CNPCP entre 2008 e 2013 e participante da comissão responsável pela elaboração das minutas de decreto de indulto nos anos de 2009, 2010, 2011 e 2012, e Maurício Kuehne, que integrou o CNPCP de março de 2000 até maio de 2008 e participou da comissão de indulto dos decretos de 2000 a 2005, na qualidade de relator das propostas.

Em que pese já houvéssemos concluído a pesquisa, fazemos, ao final, breve referência ao último Decreto de indulto, de 2016, eis que evidenciou divergência entre a opção política do Ministério de Justiça, sob a liderança do então ministro Alexandre de Moraes, e encampada pela Presidência da República, que restringiu as hipóteses de incidência do indulto, verificadas na série histórica selecionada como objeto de nossa análise, e o ideário compartilhado por parte dos membros do CNPCP, que renunciaram aos seus cargos.

## 2 COMUNIDADES EPISTÊMICAS E POLÍTICA CRIMINAL

### 2.1 AS COMUNIDADES EPISTÊMICAS COMO CATEGORIA DE ANÁLISE

Peter Haas conceitua as comunidades epistêmicas como redes de profissionais com conhecimento relevante e que partilham um conjunto de crenças normativas, modelos causais e ostentam uma proposta política, ou seja, as comunidades epistêmicas são um grupo de profissionais que têm algo relevante a dizer sobre uma área específica. Destinam-se a reduzir a incerteza num contexto internacional marcado pela diminuição das capacidades de antecipação e de decisão dos atores responsáveis pela gestão internacional (HAAS, 1992, p. 3).

Em análise sobre a produção legislativa na França, Stéphane Enguéléguélé retoma o conceito de comunidades epistêmicas para pensar o processo de produção das políticas criminais. Com efeito, se a criação legislativa é um dos prismas pelo qual é analisada a produção normativa penal, revela-se útil focalizar os sistemas de interesse, interações e esquemas interpretativos que movem os processos de produção da norma (ENGUÉLÉGUÉLÉ, 1998, p. 3). Nesse eixo, mostra-se relevante compreender a influência estruturante exercida pelas ideias e conhecimentos sobre a definição da estratégia criminal formal. Em um segundo momento, é pertinente avaliar o potencial de ação de que dispõem determinados atores do campo penal, que lhes permitem, nas diversas configurações, imprimir à política criminal um estilo que se encaixa nas suas preferências teóricas.

Mas o campo penal não se restringe mais a um pequeno círculo de atores, teóricos e práticos, pois é estruturado pelo confronto das comunidades epistêmicas contrárias, cujos membros concorrem para influir na definição dos princípios que nortearão a escolha dos políticos em matéria penal (BOURDIEU, 1998, p. 3-19). Enguéléguélé (1998, p. 9) descreve que, na França, há duas grandes comunidades epistêmicas, cujas teses estão fortemente enraizadas no debate penal. A primeira, de tendência humanista, contesta as soluções repressivas, assim como o recurso sistemático à prisão. Seus membros são próximos à Escola Nova Defesa Social ou pertencem à corrente mais contemporânea de defesa dos direitos do homem e propõem diversificar as formas de intervenção penal, atentos à reabilitação. A segunda comunidade epistêmica preconiza um aumento da repressão e o recurso sistemático à prisão, pois as escolhas penais mais eficazes são aquelas fundadas na dissuasão e na exemplaridade.

Compreender as comunidades epistêmicas que participam dos processos de produção normativa supõe descrever as diferentes realidades nacionais. No Brasil, os movimentos político-

-criminais podem ser classificados por compartilhar ideários comuns sobre a intervenção penal. Embora devam ser consideradas as variações e especificidades no interior de cada movimento, em um esforço de síntese e com os riscos de toda simplificação, sugere-se a seguinte tipologia: Abolicionismos, Minimalismos e Eficientismos (ANDRADE, 2012, p. 253-273).

O primeiro deslegitima o sistema penal por identificá-lo como inadequado para a solução de conflitos e por gerar estigmas para aqueles indivíduos etiquetados como criminosos. Esse movimento questiona o papel historicamente assumido pelo sistema de justiça criminal, que deveria ser substituído por instâncias comprometidas com a solução de conflitos intersubjetivos. Os Minimalismos apostam em soluções alternativas e propõem que o Direito Penal deve se restringir às ofensas mais graves. Inspirado por filosofia humanista, orienta-se pela descriminalização de condutas que deveriam ser objeto de regulação por outros ramos do direito. Na vertente proposta por Ferrajoli, o ideário minimalista vincula-se a um amplo programa de garantias processuais, com diretrizes que balizam a intervenção penal, conforme dispositivos constitucionais. O Direito Penal apresenta-se como “lei do mais fraco”, restrita às hipóteses que justificam o uso do Direito Penal (axiomas penais) e cuja imposição supõe a observância de garantias processuais no Estado constitucional (axiomas processuais) (FERRAJOLI, 2001). O exercício de síntese supõe algumas explicações. A diversificação das semânticas criminológicas críticas à intervenção penal relaciona-se a trajetórias específicas do campo criminológico e da filosofia do Direito Penal. As propostas abolicionistas constituíram-se, de fato, no principal marco teórico que pretendeu deslegitimar o sistema penal e foram contrapostas não apenas por posições conservadoras. Nesse contexto, emergem as propostas teóricas ajustadas aos movimentos conhecidos como realismos criminológicos (de direita e de esquerda) (MACHADO, 2012; ANITUA, 2008). Para mencionar alguns dos mais difundidos representantes teóricos no cenário brasileiro, vale mencionar que o garantismo minimalista *ferrajoliano* edificou parte de sua proposta teórica na contraposição às linhagens abolicionistas, naquilo que o filósofo italiano identificou como risco da substituição do Direito Penal por formas difusas de controle, informais e menos visíveis. Por isso, menos controláveis, o que acabaria submetendo os mais fracos ao “arbítrio dos mais fortes” (FERRAJOLI, 2001). Os minimalismos derivados das tradições criminológicas críticas, rearticulados pelo Direito Penal dos direitos humanos, não se apresentam totalmente incompatíveis com as visões abolicionistas, as quais são deslocadas para um futuro cada vez mais incerto, como o objetivo a ser perseguido em um modelo de sociabilidade ideal (MACHADO, 2012; MACHADO; TAQUARY, 2016).

Os Eficientismos relacionam-se às demandas pela intervenção penal para a solução de conflitos sociais. Esse movimento, simplificada, deve ser compreendido no contexto de expansão do Direito Penal. As possíveis causas da referida expansão, em especial na última década, seriam dois grupos de fatores: fatores objetivos – como os novos interesses definidos pela doutrina como bens coletivos e difusos, o aparecimento de riscos e a institucionalização da insegurança, diluída em uma sociedade cada vez mais complexa – e fatores subjetivos,

constituídos especialmente pela sensação de insegurança potencializada pela mídia e pelas próprias instituições públicas (SÁNCHEZ, 2001). Nesse contexto social, proliferam demandas pela ampliação da proteção penal, flexibilizando o Direito Penal clássico. Multiplicam-se as demandas de criminalização em matéria ambiental, econômica e corrupção política. Além disso, há um descrédito de outras instâncias de proteção, em especial, a ética social, o Direito Civil e o Administrativo. Nessa interpretação, o fenômeno não se deve unicamente à instância estatal, como solução fácil aos problemas sociais, deslocando-se ao plano simbólico, o que deveria ser resolvido no plano instrumental. Suas causas relacionam-se à nova configuração do modelo social nas duas últimas décadas e às mudanças do papel do Direito Penal para diferentes setores sociais (SÁNCHEZ, 2001). Ao contrário do movimento *law and order* de décadas anteriores, marcado pela ênfase sobre a criminalidade patrimonial, o qual enfrentou forte resistência de movimentos de defesa dos direitos humanos e amplo debate sobre a função do Direito Penal, a expansão do Direito Penal, na atualidade, aparentemente é representada de forma positiva (SÁNCHEZ, 2001, p. 22-24).<sup>2</sup> A expansão do Direito Penal foi objeto de análise no Brasil, naquilo que pode ser descrito como manifestações dos Eficientismos. Critica-se que as demandas por mais direito penal estão associadas à sensação de medo e insegurança, difundidas pelos meios de comunicação e pelas formas de comunicação política, no que se apresenta como populismo penal (FRADE, 2007; GAZOTO, 2010).

Parte da literatura recupera essas abordagens e descreve variações nos diferentes contextos nacionais (ANITUA, 2008). Trata-se de um campo dinâmico e configurado segundo peculiaridades locais. Andrade sugere que, no Brasil, em contraposição aos ideários eficientistas, os Minimalismos apresentam-se sob formas diferenciadas: há corrente minimalista que se apresenta como via para abolicionismo futuro, vertente que pode ser descrita como “Minimalista em si mesma” e “Minimalismo reformista” (ANDRADE, 2012, p. 257-258).

A breve e simplificada apresentação dos paradigmas político-criminais supõe um esclarecimento. A diversidade de posições sugere que os modelos devem ser observados como tipos ideais (weberianos). A conformação dos ideários supõe hibridismos que tornam complexa e pouco precisa a tarefa de enquadramento das posições compartilhadas pelos teóricos. Integran-tes de algumas das vertentes minimalistas podem assumir, contingencialmente, e conforme a arena de disputa, posições aparentemente antagônicas. Alguns exemplos são elucidativos. A demanda pela intervenção penal como estratégia instrumental ou simbólica para a proteção de direitos de minorias ou grupos sociais específicos tornou-se uma das bandeiras de setores que reivindicam a criminalização dos crimes contra a humanidade (herança da ditadura), das violências de gênero (algumas vertentes do movimento feminista) ou dos atos que expõem a perigo ou ocasionam danos concretos ao meio ambiente (parte do movimento ambientalista). Intérpretes desse movimento descrevem as aporias da entrada do público e do léxico dos direitos humanos na racionalidade penal moderna. Critica-se a proliferação de demandas por penas aflitivas como estratégia de proteção de direitos de distintos grupos sociais (PIRES, 2003), o que não impede que alguns desses grupos invistam em posições minimalistas (ou abolicionistas)



em relação a determinadas atividades, como o tráfico de drogas. Ou em relação à diversificação das sanções penais, com propostas de medidas alternativas às penas privativas de liberdade. Da mesma forma, não parece adequado focar o paradigma Eficientista como se tratasse de um bloco monolítico. As propostas de expansão da criminalização e do endurecimento das penas ou das regras para a progressão do regime na execução penal podem fundar-se em ideologias de variado matiz. As teorias das penas propiciam amplo arsenal de justificações que movem as crenças e valores sobre o papel do Direito Penal. Não menos relevantes são as contingências gerenciais que constroem as políticas criminais e penitenciárias, o que pode levar à necessidade de ajustes supostamente realistas aos contextos analisados (ANITUA, 2008; MACHADO, 2012; MACHADO; SLONIAK, 2015).

A diversidade de visões e modelos sobre a intervenção penal constitui um dado relevante quando o foco se direciona às organizações e às agências estatais (MACHADO, 2014). A composição, perfil e atribuições conferidas ao CNPCP permitem descrevê-lo como órgão eminentemente técnico. Como veremos em seguida, sua inserção como órgão consultor da política criminal e penitenciária o coloca em posição privilegiada na proposição normativa penal. A composição do CNPCP não é indiferente à diversidade dos movimentos político-criminais. A existência de diferentes visões e ideários sobre a intervenção penal repercute diretamente na produção do órgão. De fato, é em torno de esquemas teóricos construídos pelas comunidades epistêmicas penais que se formam alianças transversais, nos momentos particulares, para convencer a política e mudar as orientações da política criminal (ENGUÉLÉGUÉLÉ, 1998, p. 14). Nesse sentido, nossa hipótese é que o paradigma penal que venha a prevalecer no âmbito do CNPCP influenciará diretamente as hipóteses de incidência de indulto, norteando as minutas que são encaminhadas para apreciação da Presidência da República.

## 2.2 A INFLUÊNCIA DAS COMUNIDADES EPISTÊMICAS NA PRODUÇÃO LEGISLATIVA

O indulto, por força da Constituição da República de 1988, insere-se na competência privativa do Presidente da República, auxiliado pelo Ministério da Justiça, especificamente pelo CNPCP, na elaboração dos decretos concessivos da benesse. Importa, ainda, destacar que a produção legislativa constitui um processo programador decisório da política, inserida em um complexo contexto, atuando no espaço tridimensional do sistema político, que engloba o estado, o público e a Administração Pública. Difere-se, por exemplo, da decisão judicial, que é programada, já que se opera em ambiente com complexidade já reduzida pela positivação do Direito. E o legislador tem, no eleitorado, o seu mecanismo de controle por excelência e suas decisões são operadas a partir dos critérios governo/oposição (LUHMANN, 2005; MACHADO, 2012, p. 100).

Além disso, para o sistema político, os discursos sobre o crime e a pena só fazem sentido a partir dos códigos e programas da política. Em outras palavras, para o sistema político, a

produção legislativa é política em ação: simbólica ou instrumental. A política em ação pode assumir a forma de legislação, criando novos tipos penais, descriminalizando ou endurecendo as penas (MACHADO, 2012, p. 103), ou, em particular, na edição de decretos de indulto. Dessa forma, pode-se dizer que os decretos de indulto são editados de acordo com os códigos do sistema político. Assim, é plenamente possível, esperado, que o Presidente da República, em um contexto específico, edite um decreto de indulto diverso da linha sugerida pelo CNPCP, a despeito do conhecimento técnico da comunidade integrante desse órgão.

Com efeito, as diferentes racionalidades que estão presentes na formulação e execução da política social geram conflitos. Existem âmbitos que são próprios dos políticos e outros que correspondem aos técnicos. Em algumas situações, falta o substrato técnico e as decisões são tomadas sem base suficiente para que possam alcançar resultados eficazes e efetivos. Em outras, tende-se a supervalorizar o papel dos políticos. Entretanto sem negar a importância do âmbito da decisão política, é necessário enfatizar a conveniência ou a necessidade de que ela tenha sólida base técnica. (COHEN; FRANCO, 1993, p. 67-68).

Ademais, a política de edição do indulto pode assumir, ainda, um aspecto gerencial, seguindo lógica atuarial. O gerencialismo não busca punir ou reabilitar, mas gerenciar. Ele envolve mudança significativa não apenas na linguagem da política penal, mas também em seus objetivos e práticas, por meio da qual a ação governamental, em vez de enfatizar as metas da justiça pública, enfatiza as metas do gerencialismo do risco. A expressão lógica atuarial remete à adoção sistemática do cálculo atuarial como critério de racionalidade de uma ação, definindo-se como tal a ponderação matemática de dados para determinar a probabilidade de eventos futuros concretos (DIETER, 2012, p. 5).

Partindo dessa lógica atuarial, é possível que o indulto proporcione ao encarcerado a expectativa de recuperação mais rápida da liberdade, contribuindo para aquelas ações que “transpareçam boa disciplina” interna, ao exigir bom comportamento carcerário do detento para a sua concessão. Com efeito, as instituições totais, avalia Erving Goffman, são âmbitos nos quais a interação humana encontra-se condicionada pelas formas da internação, assim como pelo poder exercido pelas autoridades, encarregando-se da programação da vida dos internos de acordo com normas concebidas para a consecução dos objetivos da instituição. Delineia-se a forma pela qual o homem se apresenta em uma situação, como o faz frente a si mesmo e frente aos outros e como tenta manipular a impressão que os outros podem formar a seu respeito. O comportamento humano aproxima-se ao do ator (ação dramática), que procura fazer que a sua forma de ser e agir pareça verdadeira, pois tudo tem relevância e consequências na conformação da identidade (GOFFMAN, 1970). Poder-se-ia cogitar de uma função pedagógica, minimizando a tensão dos presídios. Apresentado nesses termos, o instituto do indulto pode assumir, idealmente, a forma político-criminal de mecanismo para a efetivação do direito substantivo em face do processo e da sentença; da equidade em face da justiça; ou, ainda, dos altos fins da política geral do Estado, em face dos fins especificamente técnico-jurídicos da sua política criminal (RADBRUCH, 1997, p. 336).

### 3 A PRODUÇÃO DOS DECRETOS DE INDULTOS NO BRASIL

#### 3.1 ORGANIZAÇÕES QUE PARTICIPAM NA PRODUÇÃO DOS INDULTOS

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP), integrante do Ministério da Justiça, exerce papel fundamental na política pública de concessão de indultos no Brasil. Isso porque é o órgão responsável por elaborar a minuta de decreto de indulto que é encaminhada pelo Ministro da Justiça à Presidência da República.

O CNPCCP é integrado por 13 (treze) membros designados por meio de ato do Ministro da Justiça, entre professores e profissionais da área do Direito Penal, Processual Penal, Penitenciário e ciências correlatas, bem como por representantes da comunidade e dos Ministérios da área social, os quais possuem mandato de 2 (dois) anos, renovado 1/3 (um terço) em cada ano.<sup>2</sup>

Entre os membros do CNPCCP, são indicados 4 (quatro) representantes para compor a comissão responsável para apresentar Proposta de Decreto Presidencial de Indulto Natalino. Após a designação da comissão de indulto pelo Presidente do CNPCCP, são colhidas opiniões dos demais integrantes do Conselho acerca de eventuais modificações do próximo decreto, assim como de diversos órgãos integrantes do sistema penitenciário, como Magistratura, Ministério Público, Defensoria Pública, Pastoral Carcerária, Conselhos Penitenciários, Secretarias Estaduais de Segurança Pública ou outras organizações encarregadas por gerir a questão penitenciária nos estados, sendo possibilitado, ainda, a qualquer cidadão a apresentação de sugestões, já que são realizadas audiências públicas sobre o novo decreto natalino. Ademais, vários atores da execução penal e representantes da sociedade civil podem encaminhar diversas sugestões de modificação do decreto.

A partir da análise documental, identificamos a tendência de algumas organizações em limitar as hipóteses de incidência do indulto, como o Ministério Público e as polícias, civil e federal. Outras organizações, como a Defensoria Pública, e de defesa dos encarcerados, como a Pastoral Carcerária, buscam ampliar a incidência do indulto (ALVES, 2016, p. 217). Nossa observação também deve ser contextualizada a fim de evitar posições maniqueístas, pois, ao analisarmos o perfil acadêmico/ teórico dos membros do Ministério Público brasileiro que integraram o CNPCCP, nos últimos anos, notamos posições distantes do que pode ser descrito como Eficientismo.

O relator da comissão é responsável por compilar as propostas e submetê-las à comissão. Após os respectivos debates, ainda no âmbito interno da Comissão, é elaborada pelo relator uma pré-minuta do decreto, a qual, posteriormente, é submetida a todos os integrantes do CNPCCP. Nesse momento, todos os integrantes do CNPCCP debaterão as propostas e decidirão, por maioria,<sup>3</sup> aquelas que devam ser incluídas no próximo decreto. É importante destacar que todas as reuniões do CNPCCP são públicas, não se tendo notícia de nenhuma reunião secreta.

Posteriormente, uma minuta de decreto, com a exposição de motivos,<sup>4</sup> é enviada pelo CNPCP à Secretaria de Assuntos Legislativos e à Assessoria do Ministro da Justiça, que decidirá sobre a proposta encaminhada e, então, submetê-la-á à Presidência da República, que, por fim, editará o decreto de indulto. Por óbvio, nem a proposta apresentada pelo CNPCP vincula o Ministro da Justiça, nem a proposta deste vincula o Presidente da República.

### 3.2 O CNPCP COMO COMUNIDADE EPISTÊMICA: ORIGEM, ORGANIZAÇÃO E FUNÇÕES

Conforme se viu, o CNPCP é integrado por 13 (treze) membros designados por meio de ato do Ministro da Justiça.<sup>5</sup> Trata-se do primeiro dos órgãos da execução penal citados no artigo 61 da Lei de Execuções Penais (Lei nº 7210/84), embora tenha sido instalado em junho de 1980,<sup>6</sup> tendo suas atribuições definidas no artigo 64 da mesma norma.<sup>7</sup>

Quando de sua instalação, em junho de 1980,<sup>8</sup> o órgão era denominado Conselho Nacional de Política Penitenciária. A reunião de instalação ocorreu no dia 26 de junho de 1980.<sup>9</sup> A ata indica que o órgão foi criado por sugestão da Resolução nº 70 de 1976 da CPI do Sistema Carcerário.<sup>10</sup> Posteriormente, com a Lei nº 7.210/1984 (LEP), que o incumbiu de propor diretrizes para a política criminal e penitenciária, passou a chamar-se Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Em 2000, Luiz Flávio Borges D'Urso, membro do CNPCP à época, escreveu “o Brasil necessita de uma política criminal e penitenciária, de forma a definir, orientar e focar os objetivos que o governo, permanentemente, deverá procurar alcançar, pois não se trata de uma gestão governamental, mas de uma diretriz nítida a guiar os futuros dirigentes nacionais.” (D'URSO, 2000, p. 77). Ponderou, ainda, sobre a dificuldade de separar a política criminal e a política penitenciária, pois ambas devem estar em sintonia, pois “de nada adianta todo esforço na política legislativa e até jurisprudencial, quando o desaguar desse esforço ocorre no vazio da iniquidade de nosso sistema penitenciário, colocando tudo a perder.” (D'URSO, 2000, p. 88). É importante mencionar que D'Urso havia sido designado relator, pelo Presidente do CNPCP, de apresentar proposta para uma nova política criminal brasileira, porém, na mesma oportunidade, outro membro do Conselho, Nizaldo Carneiro Leão, foi incumbido de apresentar proposta para uma política penitenciária para o Brasil (D'URSO, 2000, p. 77-78).

As propostas apresentadas por Luiz Flávio Borges D'Urso e Nizaldo Carneiro Leão culminaram na Resolução nº 5 de 19 de julho de 1999, do CNPCP, que, à época, estabeleceu as diretrizes básicas que devem nortear a política criminal e penitenciária brasileira. As diretrizes para a política criminal (art. 1º ao 14) abordam questões, como a promoção humana e garantia de direitos daqueles que cumprem pena; a melhoria do sistema de justiça criminal; a adoção de medidas preventivas (policiamento ostensivo) e repressiva (cumprimento efetivo de mandatos de prisão); o estímulo à adoção das penas alternativas; a mobilização e o envolvimento da sociedade nas questões pertinentes à política criminal e penitenciária; em

ações de prevenção; etc. Em relação à política penitenciária (art. 15 ao 29), a Resolução 5/1999 preconiza que devem ser priorizadas ações, como a melhoria das condições das unidades prisionais, permitindo a proximidade do condenado com a sua família; a garantia do respeito aos direitos dos presos; a humanização da pena; o apoio a convênios com entidades sociais para garantir a assistência adequada; a realização de campanhas comunitárias para esclarecimentos e prevenção; o estímulo à instalação de Conselhos da Comunidade e Penitenciários no País; a promoção com relação à qualificação de pessoal penitenciário, criando a Escola Penitenciária Nacional e estimulando a criação de escolas estaduais; a promoção de programas de prevenção e tratamento de DST/AIDS e dependência química; a promoção da assistência jurídica aos presos; entre outras (FIGUEIREDO, 2007, p. 24).

No ano de 2003, a política criminal e penitenciária passou a ser regulada pela Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003, do CNPCP, que dispôs sobre as diretrizes básicas de política criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança. Essa resolução também se orientou por visão afinada ao ideário compartilhado pelos Minimalismos: intervenção mínima do Direito Penal, com valorização do emprego das penas alternativas, como forma de evitar a privação de liberdade; a prisão deve ser imposta excepcionalmente, qual *ultima ratio* e manutenção do regime progressivo de cumprimento de penas, entre outras medidas.<sup>11</sup>

Em 26 de abril de 2011, o CNPCP editou o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2011), por meio do qual se apontaram duas direções que poderiam ser seguidas, optando-se pela segunda, que, entre outros objetivos, visa à redução de taxas de encarceramento e ao fortalecimento do controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional. O conteúdo do Plano sugere tendência também ajustada aos ideários minimalistas, particularmente em relação às penas privativas de liberdade (MARQUES, 2013, p 41).

Finalmente, em outubro de 2015, foi lançado o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (BRASIL, 2015a). O documento divide-se em duas partes. A primeira, apresenta as medidas relacionadas à porta de entrada do sistema penal, com o objetivo de revelar o que tem levado ao quadro atual da política criminal, em que ocorre o crescimento contínuo da população carcerária, sem impacto na melhoria dos indicadores de segurança pública. A segunda parte do plano volta-se para fixar diretrizes para o funcionamento do sistema prisional, do cumprimento de medida de segurança, do monitoramento eletrônico e das alternativas penais. O atual Plano sugere, da mesma forma dos planos anteriores, aproximação às propostas afins à restrição da intervenção penal, concepção compartilhada pelos Minimalismos.

Também em decorrência de suas atribuições legais,<sup>12</sup> o CNPCP é o órgão encarregado de elaborar a minuta de indulto, a qual, após análise do Ministro da Justiça, é enviada à Presidência da República, a fim de que o Presidente exerça sua competência constitucional, prevista no artigo 84, inciso II, e conceda indulto e comutação de penas, com audiência, se

necessário, dos órgãos instituídos em lei. No Brasil, por tradição, anualmente, são editados decretos de indulto, conhecidos como decretos natalinos, por terem como base a data do Natal. É importante notar que não há obrigatoriedade constitucional ou legal de edição desses decretos. Porém, após 1988, eles foram editados em todos os anos, havendo situações em que mais de um decreto foi editado no ano (ALVES, 2016, p. 61). Certamente, é pouco provável que, à luz do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, tais decretos deixem de ser editados. Observa-se que, a cada ano, os decretos natalinos contemplam novas hipóteses de incidência, e os requisitos para a concessão do benefício são flexibilizados (ALVES, 2016, p. 61).

Essa tendência de ampliação, porém, não foi observada em alguns anos, quando houve endurecimento nas regras para a concessão do perdão. Com efeito, o primeiro Decreto Natalino do Século XXI, o de nº 3.667, de 21 de novembro de 2000 (BRASIL, 2000), nitidamente, endureceu as regras para a concessão do benefício. Mas, ao que parece, essa mudança não partiu do CNPCP, pois, em 2000, vigorava a Resolução nº 5, de 19 de julho de 1999, do CNPCP, de tendência afim aos Minimalismos, orientada pela intervenção mínima do Direito Penal. A análise de algumas atas de reuniões ordinárias do CNPCP, realizadas à época (265ª e 268ª reuniões), evidenciou que os decretos de indulto não seguiram a minuta entregue pelo órgão, a qual foi alterada tanto na assessoria do Ministério da Justiça quanto na da Presidência da República. E sugere que os cortes nas hipóteses de incidência e o endurecimento das regras de concessão do indulto teriam sido motivados pelo fato de um preso acometido de AIDS ter sido indultado no ano anterior, e cometido, logo em seguida, o assassinato de um jovem casal em Brasília/DF. Algumas notícias veiculadas pela mídia, naquele período, também sugerem a mudança no decreto de indulto, em razão do clamor popular decorrente do mencionado delito (ALVES, 2016, p. 123). Deve-se considerar, ainda, que o contexto no qual foi editado o decreto compreendia período de eleição nos municípios. Assim, as evidências sugerem que o endurecimento decorreu de decisão política, aparentemente influenciada pelo contexto social, marcado pela pressão popular e em período eleitoral.

Essa tendência restritiva seguiu-se no Decreto de 2001. Mas houve uma mudança substancial: a pena máxima para a concessão de indulto comum voltou a ser de seis anos.<sup>13</sup> Maurício Kuehne, ex-Diretor-Geral do Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, de outubro de 2005 até julho de 2008, integrando o CNPCP de março de 2000 até maio de 2008, e que participou da Comissão de indulto dos Decretos de 2000 a 2005, na qualidade de relator das propostas, foi entrevistado em nossa pesquisa e apontou que a restrição às hipóteses de indulto visaram a alcançar situações daqueles que não estavam em privação de liberdade, como sursis, penas restritivas e livramento condicional, não havendo nenhuma orientação política, mas sim do próprio CNPCP, que passou a priorizar os efetivamente presos. De fato, na entrevista concedida, Maurício Kuehne expressou seu ponto de vista pessoal de que o indulto natalino deve ser endereçado para as pessoas que estão privadas de liberdade e não para outros casos, ressaltando “que a política de encarceramento não

tem surtido efeito, não deu resultados positivos e, por isso, não deve ser acolhida.” Disse, ainda, ser favorável à edição de decretos condicionais,<sup>14</sup> pois “seria um contraponto à crítica de que o indulto estimula à impunidade, já que, nesse particular, o condenado manteria o compromisso de não voltar a delinquir naquele período até o aperfeiçoamento do benefício.” (ALVES, 2016, p. 117-118).

No ano 2002, por outro lado, o decreto voltou a ter as hipóteses ampliadas. A ata da 285ª Reunião Ordinária do CNPCP,<sup>15</sup> realizada em 9 e 10 de dezembro de 2002, demonstra que as diretrizes da Resolução nº 5 de 1999, que voltaram a ser seguidas, e a realização da primeira audiência pública sobre o decreto de indulto contribuíram para a ampliação das hipóteses de incidência do instituto. Apenas com hipótese de análise, é possível que o momento político – término de mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso, que não se candidatou a outro cargo político, também tenha sido relevante para essa ampliação, pois o “clamor popular”, voltado à restrição do benefício, deixara de ser primordial para a edição do decreto natalino.

Por sua vez, o Decreto Natalino nº 4.904, de 1º de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003), voltou a endurecer as regras na concessão do indulto. O contexto, à época, ao que tudo indica, não favoreceu a manutenção da política expansionista do indulto, que se tentou retomar no ano de 2002. Esse momento encontra-se relatado pelo Ministro da Justiça, Márcio Thomas Bastos, presente à 286ª Reunião Ordinária do CNPCP, ocorrida em 24 e 25 de março de 2003. Nessa reunião, o assunto recorrente foi o assassinato do Juiz Alexandre Martins de Castro Filho. A morte do Juiz Alexandre foi amplamente noticiada nos meios de comunicação, tendo ampla repercussão midiática. No mesmo mês, outro juiz foi assassinado em São Paulo, o juiz-corregedor Antônio José Machado Dias. Assim, o contexto de intensa divulgação na mídia da atuação do crime organizado no país, que culminara no homicídio de dois juízes de execução penal, sugere ter sido relevante para o endurecimento das regras concessivas do decreto de indulto, editado em 2003. O mais interessante é que, ainda no ano de 2003, no dia 17 de dezembro, o CNPCP editou a Resolução nº 16,<sup>16</sup> a qual dispôs “sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança”, que também se orientou por tendência criminal minimalista.

Portanto, vê-se que a presença de uma comunidade epistêmica de viés minimalista no âmbito do CNPCP contribuiu para que as hipóteses de incidência do indulto fossem bastante alargadas e os requisitos necessários à concessão do benefício relativizados. Para alguns, trata-se de injustificável afrouxamento na execução da pena (TRINDADE, 2013; STRECK, 2012), e, para outros, importante política criminal de humanização da pena e de desencarceramento, indispensável no sistema penitenciário brasileiro (VAY, 2014). No tocante ao requisito subjetivo, por exemplo, exigia-se anteriormente o exame criminológico à concessão de indulto para condenados por crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa.<sup>17</sup> Em alguns anos, o indulto foi concedido de

maneira condicional, só se aperfeiçoando após 24 meses da expedição do termo, se, nesse período, o beneficiário não praticasse falta grave.<sup>18</sup> Atualmente, porém, a análise é realizada tão somente nos últimos doze meses anteriores à publicação do decreto, sendo que o requisito subjetivo só é afastado quando há a prática de falta grave, devidamente homologada pelo juiz da execução.<sup>19</sup>

A tendência ampliativa, contudo, não foi seguida em 2000, 2001 e 2003, quando foram impostas regras mais severas para a concessão do indulto, o qual teve, ainda, várias hipóteses de incidência retiradas dos textos dos decretos natalinos, nos respectivos anos. Por fim, o Decreto nº 8.940 de 22 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016b) voltou a assumir viés restritivo, endurecendo as regras para a concessão do indulto. Contudo, esse “endurecimento” partiu da decisão do então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, encampada pelo Presidente da República, cujo decreto divergiu da linha sugerida pelo CNPCP, que mantinha a tendência ampliativa do instituto.

#### 4 A PRODUÇÃO DO DECRETO DE INDULTO DE 2014-2015: ASPECTOS POLÍTICO-CRIMINAIS E ATORES ENVOLVIDOS

Conforme se viu anteriormente, entre os membros do CNPCP, são indicados 4 (quatro) representantes para compor a comissão responsável para apresentar Proposta de Decreto Presidencial de Indulto Natalino. No ano de 2014, essa comissão foi composta pelos Conselheiros Luis Geraldo Sant’ana Lanfredi (Presidente), Beatriz Vargas Gonçalves de Rezende (Relatora), Fabiana Costa Oliveira Barreto<sup>20</sup> e Paulo Antônio Carvalho.<sup>21</sup>

Luis Geraldo Sant’ana Lanfredi possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo - USP, com especialização em Direito Penal e Criminologia (1995). Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo - USP (2006). Mestre em Criminologia e Sociologia Jurídico Penal pela Universidade de Barcelona - UB - Espanha (2010). Doutorando em Direito Penal e Ciências Políticas pela Universidade de Barcelona - UB - Espanha (2012). Juiz de Direito em São Paulo. Vice-Presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP). Coordenador dos Cursos de Pós-Graduação lato sensu em Direito Penal e Direito Processual Penal da Escola Superior de Advocacia da Seccional Paulista da OAB (ESA-OAB/SP). Professor Assistente da Escola Paulista de Magistratura (EPM). Professor Emérito da Escola Superior de Advocacia da OAB-SP (ESA-OAB/SP).<sup>22</sup> Sua dissertação no programa de mestrado em criminologia e sociologia jurídico-penal, da Universidade de Barcelona, foi intitulada “*El juez de garantías y el sistema penal - Replanteamientos sociocriminológicos críticos hacia la resignificación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña.*”

Beatriz Vargas Gonçalves de Rezende possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1985), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1993) e doutorado em Direito pela Universidade de Brasília (2011). Atualmente é



professora adjunta da Universidade de Brasília. Tem experiência na área de Criminologia e Direito, com ênfase em Direito Penal e Processo Penal. Membro da Comissão Anísio Teixeira de Memória e Verdade da Universidade de Brasília. Membro do Grupo Candango de Criminologia - GCCrim - da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (REZENDE, 2015). Sua tese no programa de Doutorado em Direito da Universidade de Brasília foi “*A ilusão do proibicionismo: estudo sobre a criminalização secundária do tráfico de drogas no Distrito Federal*”. Atualmente, coordena projeto de pesquisa denominado “*Descarcerização e sistema penal: a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo*”.

Fabiana Costa de Oliveira Barreto possui mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006). É promotora de justiça do Distrito Federal. Integra o Grupo Candango de Criminologia da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e criminologia e como principais linhas de pesquisa: alternativas penais e prisão provisória (BARRETO, 2015). Participa do projeto de pesquisa denominado “*Descarcerização e sistema penal: a construção de políticas públicas de racionalização do poder punitivo*.”

Paulo Antônio de Carvalho é graduado em Direito pela UFMG e advogou em Belo Horizonte de 1971 a 1978, quando ingressou na magistratura. Foi juiz nas comarcas de Areado, Barão de Cocais e Caeté. Desde 1984, é juiz em Itaúna, sendo o titular da 1ª Vara Criminal do Júri e de Execuções Penais. Foi membro do Programa Novos Rumos na Execução Penal, do TJMG, destinado a fomentar a humanização das penas privativas de liberdade no Estado e a difusão da metodologia da Apac, no período de 2001 a 2010.<sup>23</sup>

Assim, a comissão encarregada de elaborar a minuta de decreto de indulto no ano de 2014 foi formada por dois juízes de direito, uma promotora de justiça e uma professora universitária, todos com ampla experiência na área criminal. A análise da produção técnica e dos projetos de pesquisa, extraída dos *curriculum vitae*, disponibilizados pela Plataforma Lattes, sugere que os integrantes da Comissão do indulto compartilhem, sob diferentes aspectos, parte dos ideários Minimalistas.

As entrevistas em profundidade permitem adensar o que identificamos a partir da análise de conteúdo (ALVES, 2016, p. 271-272). Beatriz Vargas, relatora da minuta do decreto de indulto no período da pesquisa, expôs sua percepção sobre o aumento das hipóteses de incidência de indulto:

A sensação é que o decreto tem sido pensado como instrumento de redução dos graves problemas do sistema penitenciária, cumprindo uma função humanitária; é regulador das deficiências do sistema penitenciário; não há problema de o indulto ser utilizado como instrumento de desencarceramento, desde que justificado por razões políticas dentro do sistema democrático; esse é o objetivo final do indulto. E o que justifica o aumento de hipóteses de indulto é o reconhecimento de que a piora do sistema penitenciário tem que receber resposta em vários níveis, inclusive no âmbito do indulto. Uma coisa é inversamente proporcional a outra: quanto mais o sistema penitenciário se deteriora, quanto mais se mostra violador de direitos humanos, mais hipóteses de indulto devem ser criadas.

Muitas propostas foram encaminhadas à comissão por diversos setores sociais e professores que atuam na execução penal, e algumas foram incorporadas à minuta do decreto de indulto pelo CNPCP entregue ao Ministro da Justiça. Visando à elaboração do Decreto de 2014, no decorrer desse ano, diversas propostas de alteração do decreto anterior foram apresentadas. Apresentaram sugestões o Conselho Penitenciário do Distrito Federal, do Rio de Janeiro e do Paraná, as Defensorias Públicas da Bahia, de Minas Gerais e do Maranhão, os Ministérios Públicos de Santa Catarina, de Minas Gerais, do Paraná e do Rio Grande do Sul, a Procuradoria da República no Estado de Goiás, a Psiquiatria Forense, a Secretaria de Justiça do Rio Grande do Sul, a Vara de Execuções Penais de Porto Alegre -RS, a Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro, a Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados (FBAC), a Secretaria de Justiça do Paraná

Submetidas à discussão, o CNPCP apresentou ao Ministro da Justiça a minuta de decreto natalino<sup>24</sup>, cuja proposta final, voltada à ampliação do instituto, criava três novas hipóteses de indulto<sup>25</sup> em relação àquelas existentes no Decreto de 2013 (Decreto nº 8.172/2013) (BRASIL, 2013). Assim, o decreto concedia indulto às pessoas: condenadas que tenham filho ou filha com doença crônica (inciso VII); condenadas à pena privativa de liberdade que tenham sido mantidas em carceragens de unidades policiais, a despeito da existência de unidade prisional adequada na mesma comarca, por tempo superior à metade do total de sua pena (inciso XXII); e condenadas a pena privativa de liberdade em regime semiaberto, aberto ou aberto domiciliar que tenham suportado em situação de excesso ou desvio de execução (inciso XXIII).

Além disso, a minuta do CNPCP modificava algumas hipóteses reguladas no Decreto de 2013: 1) aumentava a pena-base para a concessão de indulto comum para dez anos (inciso I);<sup>26</sup> 2) aumentava a pena prevista na hipótese de indulto especial descrita no inciso II para dez a quatorze anos;<sup>27</sup> 3) aumentava a pena prevista na hipótese de indulto etário descrita no inciso III para dez anos;<sup>28</sup> 4) a situação de indulto assistencial a pessoas condenadas com filho ou filha passaria a ser dividida em quatro incisos<sup>29</sup> (VI a IX): assim, o inciso VI regularia a benesse para casos de condenados com filho ou filha que necessite de cuidados especiais; o inciso VII, de filho ou filha com doença crônica grave; o inciso VIII, de filho ou filha com deficiência; e o inciso IX, de filho ou filha menor de dezoito anos. Assim, os incisos VII, VIII e IX deixariam de exigir a comprovação de que o filho ou filha necessitasse de cuidados especiais, exigência prevista apenas no inciso VI; 5) o indulto humanitário<sup>30</sup> se tornaria possível aos condenados com mutilação de membro ou perda de função motora (alínea a do inciso XIV da minuta); 6) exigia para a concessão de indulto a pessoas submetidas à medida de segurança nos casos de substituição prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal,<sup>31</sup> que tenham suportado privação de liberdade, internação ou tratamento ambulatorial por tempo igual ao da condenação, excluindo o termo “cominada”, contido na redação do Decreto de 2013. Além disso, previa que se fosse concedido o indulto em medida de segurança ao beneficiado que não tivesse recebido alta médica, este deveria ser encaminhado à rede de

atenção à saúde do Sistema Único de Saúde – SUS (§3º do artigo 1º da minuta); 7) admitia que a incapacidade econômica prevista nos incisos XIX e XX<sup>32</sup> fosse demonstrada mediante declaração do condenado.

A proposta do CNPCP também contemplava disposição que reduzia pela metade as frações previstas como requisito temporal para a declaração de indulto, quando o condenado houvesse cumprido, de maneira ininterrupta, pelo menos 1/6 do tempo total de sua pena em estabelecimento prisional em situação de superlotação, assim considerado o estabelecimento acima de sua capacidade ordinária (§5º do artigo 1º da minuta). Este deveria ocorrer para os casos de comutação (§3º do artigo 2º da proposta).

Incluía, ainda, um parágrafo único ao artigo 3º para determinar que o condenado beneficiado por comutação, fundamentada nos decretos pretéritos, fizesse jus à nova comutação estabelecida em um sexto do tempo total de pena comutado pelos decretos anteriores. E propunha a inserção de um inciso no artigo 6º para dispor que o indulto e a comutação de penas eram cabíveis ainda que o requisito temporal para sua concessão tenha sido cumprido antes da unificação decorrente da nova condenação por outro crime. Sugeriu, ademais, nova redação para o §3º do art. 11, determinando ao juiz da execução que procedesse primeiro ao exame com base no decreto anterior. Além disso, previa a dispensa expressa do parecer do Conselho Penitenciário, conferindo nova redação ao §5º do art. 11.

Porém, o Ministro da Justiça optou por manter as mesmas disposições do Decreto de 2013, o que foi acolhido pela Presidência da República, restando o Decreto nº 8.380/2014 (BRASIL, 2014a) com o mesmo conteúdo do Decreto nº 8.172/2013 (BRASIL, 2013). De fato, conforme já visto anteriormente, a edição dos decretos de indulto, como produção legislativa, constitui um processo programador decisório da política, inserido em um contexto complexo, que envolve diferentes variáveis, tais como os arranjos institucionais e políticos, as expectativas sobre eleitorado, o impacto das decisões na mídia, entre outros (MACHADO, 2012, p. 100). Cumpre destacar que o ano de 2014 envolveu eleições no país para Presidente da República, Governador de Estado, Senador, Deputado Federal, Estadual e Distrital. O primeiro turno ocorreu no dia 5 de outubro, e o segundo, no dia 26 de outubro de 2014. As eleições presidenciais foram marcadas por um grande equilíbrio, tendo a candidata Dilma Rousseff sido reeleita com 51,65% dos votos contra 48,35% do candidato Aécio Neves.<sup>33</sup> Noticiara-se nos meios de comunicação de massa sobre uma provável concessão de indulto a políticos condenados no “Escândalo do Mensalão.”<sup>34</sup>

Assim, embora não tenha restringido a aplicação do indulto, endurecendo as regras para a sua concessão, a Presidente da República, em um contexto complexo, marcado por um período eleitoral em que as intenções de voto praticamente dividiam o eleitorado brasileiro, e por forte pressão midiática sobre uma provável concessão de indulto aos condenados no “Escândalo do Mensalão”, editou, no ano de 2014, decreto de indulto diverso da minuta sugerida pelo CNPCP, repetindo integralmente as disposições do ano anterior. A sensação é de que novo aumento nas hipóteses de incidência do indulto e de maior flexibilização nos

requisitos para a concessão do benefício poderia servir de munição para a oposição, implicando em dificuldades eleitorais para o governo.

## 5 O DECRETO DE INDULTO DE 2016 – RESTRIÇÃO ÀS HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA E A RENÚNCIA DE MEMBROS DO CNPCP

O Decreto nº 8.940, de 22 de dezembro de 2016 (BRASIL, 2016b), restringiu as regras para a concessão do indulto. É relevante destacar, contudo, que esse endurecimento partiu da decisão do então Ministro da Justiça, Alexandre de Moraes, que optou por enviar ao Presidente da República minuta de decreto diversa da linha sugerida pelo CNPCP, que mantinha a tendência ampliadora do instituto.

A proposta de minuta aprovada pelo CNPCP, por maioria, seguiu o voto divergente apresentado pelo Conselheiro Gabriel de Carvalho Sampaio. Em síntese, a minuta mantinha as hipóteses de indulto coletivo contempladas no Decreto de 2015, e criava a comutação de pena, como medida de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Contudo, o Ministro da Justiça não seguiu as sugestões do CNPCP e encaminhou ao Presidente da República outra proposta, culminando no Decreto nº 8.940/2016 (BRASIL, 2016b), de teor restritivo. O único ponto não encampado pelo Presidente da República foi a vedação de indulto para crimes de peculato, concussão, corrupção ativa e passiva, prevaricação e advocacia administrativa, crimes contra o sistema financeiro e de “lavagem de dinheiro” contida na minuta enviada pelo Ministério da Justiça, mas não acolhida no Decreto nº 8.940/2016 (BRASIL, 2016b).

Assim, o Decreto de 2016 extinguiu várias hipóteses de incidência do indulto contempladas nos decretos anteriores, não acolheu o instituto da comutação de pena (como indulto parcial e mesmo como substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos), criou requisitos diferenciados para crimes cometidos com e sem violência ou grave ameaça à pessoa, eliminou o indulto da pena de multa e das penas restritivas de direitos e exigiu o cumprimento integral da pena de crimes impeditivos para a concessão de indulto de delitos não impeditivos. Na prática, o Decreto nº 8.940/2016, mostrou-se de pouquíssima aplicação, representando um dos decretos mais restritivos após a Constituição da República de 1988.

Ao que consta, a divergência entre parte dos membros do CNPCP e as opções políticas do Executivo vieram a público no dia 25 de janeiro de 2017, quando sete membros do CNPCP, incluindo o seu Presidente, renunciaram ao mandato, expondo suas razões em carta renúncia, disponibilizada ao público, com fortes críticas à atuação do Ministro da Justiça. Assinaram a carta os Conselheiros, Alamiro Velludo Salvador Netto (Presidente), Gabriel De Carvalho Sampaio, Hugo Leonardo, Leonardo Costa Bandeira, Leonardo Isaac Yarochevsky, Marcellus De Albuquerque Uggiette e Renato Campos Pinto De Vitto. Do item 5 da carta, colhe-se o seguinte:

Ressalta-se, nos últimos meses, o notório desprezo conferido ao Conselho nos temas mais relevantes ao Brasil na temática pertinente. Dias antes da crise prisional atingir patamar alarmante, a minuta de decreto de indulto aprovada pelo colegiado do CNPCP foi deixada integralmente de lado, optando-se pela formulação de um texto normativo que é, talvez, o mais restritivo em termos de liberdades já editado na história recente e republicana. Símbolo máximo disso é a exclusão do instituto da comutação. Conquistas gradativa e progressivamente obtidas foram abandonadas. A peculiar situação do encarceramento feminino, as dificuldades dos miseráveis presos brasileiros em arcarem com o pagamento das penas de multa, as enfermidades incuráveis do ambiente prisional e que afetam mortalmente centenas de condenados, a perpetuidade em que se transformam as medidas de segurança no Brasil, enfim. Tudo foi relegado ao esquecimento, a desprezar, inclusive, inúmeras pesquisas e trabalhos científicos a respeito da relevância da abordagem dessas peculiaridades no decreto de indulto (SALVADOR NETTO et al., 2017).

Assim, o Decreto de 2016 representou quebra na linha ampliativa do instituto do indulto, culminando com a saída de vários membros do CNPCP. Evidencia-se a divergência entre a decisão que materializou a política de indultos do governo Temer, aparentemente consubstanciada em ideário que remete à concepção de que as penas devem ser cumpridas conforme as sentenças prolatadas (justo merecimento), em detrimento do impacto gerencial/ atuarial que poderia justificar a adoção de uma política mais ampla de concessão dos indultos. De outro lado, não se pode inferir que a nova composição vá seguir o viés restritivo na aplicação do indulto, particularmente porque houve mudança no comando do Ministério da Justiça.

## 6 CONCLUSÃO

O presente artigo utilizou-se do conceito de comunidades epistêmicas (HAAS, 1992; ENGUÉLÉGUÉLÉ, 1998) com o objetivo de analisar a influência do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) na produção dos decretos de indultos no Brasil, verificando se o CNPCP pode ser descrito como comunidade epistêmica que orienta a produção de indultos no Brasil e, caso positivo, se há nele uma visão teórica hegemônica/compartilhada.

O instituto do indulto, que, em última análise, extingue ou reduz a pena,<sup>35</sup> ao longo dos anos, teve suas hipóteses de incidência ampliadas e os requisitos necessários à sua concessão flexibilizados. É fato que a tendência ampliativa não foi seguida em 2000, 2001 e 2003, quando foram impostas regras mais severas para a concessão do indulto, o qual teve, ainda, várias hipóteses de incidência retiradas dos textos dos decretos natalinos, nos respectivos anos, sendo que as evidências sugerem que o endurecimento havido nesses anos decorreu de uma decisão política, aparentemente influenciada pelo contexto social marcado pela pressão popular e em período eleitoral.

No tocante ao processo de elaboração dos decretos de indulto, identificamos que o CNPCP desempenha o papel de comunidade epistêmica no campo da política criminal e

penitenciária no Brasil. Levando-se em conta que os paradigmas penais devem ser compreendidos como tipos ideais, marcados por hibridismos e posições nem sempre facilmente delimitadas, concluímos que a composição do órgão, nos últimos anos, compartilha posições próximas aos ideários minimalistas, o que se constitui em hipótese explicativa para incidência e a flexibilização das regras de concessão do benefício. Nossa percepção fundamentou-se, em especial, na análise do conteúdo dos Planos Nacionais de Política Criminal e Penitenciária, editados em 1999, 2003, 2011, 2015 e 2016 (vigente) e nas entrevistas em profundidade. É importante ressaltar que a produção do CNPCP não é indiferente à realidade carcerárias do país, e razões de ordem pragmática também foram relevantes na ampliação das hipóteses previstas nos decretos de indulto.

De outro ângulo, a produção dos decretos de indultos integra a esfera das decisões políticas. O que supõe considerar que a lógica gerencial se encontra presente na administração da superlotação carcerária e, particularmente, para lidar com carências estruturais do sistema penitenciário. De fato, a expertise teórica da comunidade epistêmica pode legitimar decisão política do Executivo, não raramente pressionada por fatores estruturais. As conjunturas políticas, como explicitamos no texto, podem alterar o cenário favorável à ampliação das hipóteses contempladas nos decretos de indulto. Assim, reforça-se a convicção de que a produção dos decretos de indultos se constitui em política em ação, instrumental ou simbólica.

## EPISTEMIC COMMUNITIES AND THE PRODUCTION OF PARDON DECREES IN BRAZIL

### ABSTRACT

The article analyses the role of the National Council of Criminal and Penitentiary Policy (CNPCP) on the issuing of pardon decrees in Brazil, retrieving the concept of epistemic communities. In Brazil, the institution in charge of the edition of pardon decrees is the National Council for Criminal and Penitentiary Policy (CNPCP), which sends it, through the Minister of Justice, to the Presidency of the Republic for final consideration, production and publication of the decree. Thus, the research focused on two problems: to identify if the CNPCP may be described as an epistemic community that guides the production of pardon in Brazil, and, if so, if there is a hegemonic/shared theoretical vision. To answer such questions, the authors made use of content analysis, complemented with in-depth interviews with both current and former members of CNPCP. We concluded that the CNPCP is an epistemic community that guides the production of pardon in Brazil and that, over the past few years, its members share a minimalist theoretical hegemonic orientation, which is relevant to understand the increase of incidence and rule flexibility on the concession of the benefit. On another note, as the production

of decrees is a political matter, within the scope of the Presidency of the Republic, we identified social and political contexts in which the President of the Republic issued pardon decrees that differ from those proposed by the CNPCP, despite the technical knowledge of the community.

**Keywords:** Pardon. Epistemic Communities. CNPCP. Legislative Production. Brazil.

## COMUNIDADES EPISTÉMICAS Y LA PRODUCCIÓN DE LOS DECRETOS DE INDULTO EN BRASIL

### RESUMEN

El artículo analiza el papel del Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP) en la edición de los decretos de indulto en Brasil, retomando el concepto de comunidades epistémicas. En Brasil, el órgano encargado de elaborar la minuta del decreto de indulto es el Consejo Nacional de Política Criminal y Penitenciaria (CNPCP), que la remite, por medio del Ministerio de la Justicia, a la Presidencia de la República para apreciación y posterior publicación del decreto. Así, la investigación se articuló a partir de dos problemas: identificar si el CNPCP puede ser descrito como comunidad epistémica que orienta la producción de indultos en Brasil y, caso lo sea, se hay en ese órgano una visión teórica hegemónica/compartida. Para responder a esos problemas, se utilizó la técnica de análisis del contenido, complementada con entrevistas en profundidad de miembros y ex-miembros del CNPCP. Se concluyó que el CNPCP es una comunidad epistémica que orienta la producción de indulto en Brasil y que, en los últimos años, se nota que sus miembros comparten un ideario predominantemente minimalistas, lo que es una variante interesante para comprender el aumento de las hipótesis de incidencia y flexibilización de las reglas de concesión del beneficio. De otro ángulo, la producción de los decretos de indulto se inserte en el ámbito político, de competencia de la Presidencia de la República, lo que se percibe cuando, en contextos sociales y políticos específicos, el Presidente de la República, al definir el contenido de los decretos de indulto, editó decretos distintos de aquellos propuestos por el CNPCP, a pesar del conocimiento técnico de la comunidad integrante de ese órgano.

**Palabras-clave:** Indulto. Comunidad epistémica. CNPCP. Producción legislativa. Brasil.

---

1 O Brasil passou a ser o terceiro país com mais presos no mundo, de acordo com levantamento nacional de informações penitenciárias (Infopen) de 2015 e 2016, divulgado em 8 de dezembro de 2017. A população carcerária em 2015 foi de 698.618, e de 726.712 em 2016. Ver: <https://oglobo.globo.com/brasil/brasil-o-terceiro-pais-com-mais-presos-no-mundo-diz-levantamento-22166270>

2 A expansão penal é potencializada pela globalização econômica e pela integração supranacional, as quais passaram a exigir do Direito Penal demandas práticas na abordagem da criminalidade (SÁNCHEZ, 2001, p. 81-91).

- 3 Artigo 63 da LEP.
- 4 As divergências entre os membros do CNPCP, segundo os entrevistados, não são consignadas, registrando-se apenas as propostas incorporadas à minuta que serão encaminhadas ao Ministro da Justiça.
- 5 Na qual são justificadas as alterações propostas.
- 6 Artigo 63 da LEP.
- 7 Na época, o órgão chamava-se Conselho Nacional de Política Penitenciária, tendo a atribuição de elaborar projetos, objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário (artigo 3º, inciso VII, do Decreto nº 76.387/1975). Posteriormente, ainda com a mesma denominação, sua atribuição foi aumentada, passando a elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária no território nacional (redação alterada pelo Decreto nº 84.632/1980).
- 8 Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe: I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança; II - contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; III - promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País; IV - estimular e promover a pesquisa criminológica; V - elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; VI - estabelecer regras sobre a arquitetura e construção de estabelecimentos penais e casas de albergados; VII - estabelecer os critérios para a elaboração da estatística criminal; VIII - inspecionar e fiscalizar os estabelecimentos penais, bem assim informar-se, mediante relatórios do Conselho Penitenciário, requisições, visitas ou outros meios, acerca do desenvolvimento da execução penal nos Estados, Territórios e Distrito Federal, propondo às autoridades dela incumbida as medidas necessárias ao seu aprimoramento; IX - representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo, em caso de violação das normas referentes à execução penal; X - representar à autoridade competente para a interdição, no todo ou em parte, de estabelecimento penal.
- 9 Na época, o órgão chamava-se Conselho Nacional de Política Penitenciária, tendo a atribuição de elaborar projetos, objetivando aperfeiçoar a execução penal e o regime penitenciário (artigo 3º, inciso VII, do Decreto nº 76.387/1975). Posteriormente, ainda com a mesma denominação, sua atribuição foi aumentada, passando a elaborar diretrizes, estabelecer normas e coordenar a execução da política penitenciária no território nacional (redação alterada pelo Decreto nº 84.632/1980).
- 10 A ata foi disponibilizada no Diário Oficial da União, Seção 1, do dia 3 de setembro de 1980, p. 11.
- 11 O relatório final encontra-se disponível em Brasil (1976).
- 12 O teor da Resolução nº 16/2003, do CNPCP, encontra-se disponível em: Brasil (2003).
- 13 Não foi identificado diploma normativo (lei, decreto, portaria etc.) que atribua expressamente ao CNPCP a função de apresentar minuta de decreto de indulto ao Ministro da Justiça.
- 14 O Decreto 3.667/2000 concedeu indulto ao condenado à pena privativa de liberdade não superior a 4 anos, que tivesse cumprido, até 25 de dezembro de 2000, um terço da pena, se não reincidente, ou metade, se reincidente (art. 1º, inciso I). O Decreto 4.011/2001 (BRASIL, 2001) aumentou o limite da pena privativa de liberdade para 6 anos (art. 1º, inciso I).
- 15 São chamados de condicionais (ou condicionados), porque só se aperfeiçoam após o decurso de um prazo, dentro do qual deve o beneficiário cumprir algumas condições.
- 16 A Ata foi publicada no Diário Oficial da União, seção 1, do dia 22/04/2003, página 23.
- 17 Publicada no Diário Oficial da União, seção 1, do dia 22 de dezembro de 2003, páginas 34-35.
- 18 Essa exigência encontrava-se prevista no inciso II do §1º do artigo 1º do Decreto de 2003, tendo sido criada, pela primeira vez, em 1999 e repetida nos decretos seguintes. A partir de 2004, o exame criminológico não foi mais exigido para a concessão do perdão.
- 19 Os chamados indultos condicionais foram previstos nos decretos natalinos de 1996, 2000, 2001, 2003, 2004 e 2005. De 2006 até a presente data (2015), a Presidência da República não mais adotou os chamados indultos condicionais (ou condicionados). Na 324ª Reunião Ordinária do CNPCP, realizada nos dias 25 e 26 de setembro de 2006 (ata publicada no Diário Oficial da União, seção 1, do dia 20 de novembro de 2006, páginas 17-18), optou-se pela não edição de decreto condicional, sob o fundamento de que o preso “não tem interesse pelo indulto, preferindo cumprir a pena a ter o indulto condicional, que resulta num acréscimo de mais dois anos vinculado ao sistema”. O argumento apresentado não se mostra inequívoco, na medida em



que o sentenciado continuaria vinculado ao sistema e, às vezes, até encarcerado, caso não fosse concedido o indulto. Mas, talvez, o maior óbice ao retorno do indulto condicional seja o da burocracia, que, ao que parece, traria prejuízos à celeridade processual necessária para a concessão do benefício. Isso porque exigir dos juízes da execução nova análise de aperfeiçoamento do indulto poderia implicar no atraso da declaração de novos perdões. Aliás, esse entrave burocrático foi relatado por vários membros do Conselho Penitenciário do Distrito Federal, o qual, nos anos de decretos de indulto condicional, era novamente ouvido sobre o aperfeiçoamento do perdão, implicando no atraso da análise da benesse. Ou seja, a gestão dos indultos condicionais é de difícil exequibilidade. Ressalte-se que há grande pressão por parte de setores da sociedade para que esses decretos condicionais voltem a ser editados.

20 Artigo 5º do Decreto 8.615/2015 (BRASIL, 2015b).

21 Embora tenha sido publicado o nome de Fabiana Costa de Oliveira Barreto, o nome correto do membro do CNPCP é Fabiana Costa Oliveira Barreto.

22 Conforme Brasil (2014c).

23 Informações extraídas da Plataforma Lattes (LANFREDI, 2015).

24 Informações disponíveis em: <<http://amagis.jusbrasil.com.br/noticias/100687992/juiz-paulo-antonio-de-carvalho-e-nomeado-para-o-cpcnp/>>. Acesso em: 8 mar. 2015. Não foram encontradas informações na Plataforma Lattes.

25 Minuta cedida pela conselheira relatora, Beatriz Vargas.

26 Embora tenham sido incluídos cinco novos incisos, verifica-se que dois deles (incisos VII e VIII) resultaram do desmembramento do inciso VI do Decreto de 2013.

27 O Decreto de 2013 estabelecia pena entre não superior a oito anos.

28 O Decreto de 2013 estabelecia pena entre oito e não superior a doze anos.

29 O Decreto de 2013 estabelecia pena não superior a oito anos.

30 O Decreto de 2013 regulou a situação em apenas um inciso (VI), exigindo sempre que o filho ou a filha necessite de cuidados do condenado.

31 O Decreto de 2013 regulou o indulto humanitário no inciso XI.

32 Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

33 O Decreto de 2013 previu essas hipóteses nos incisos XVI e XVII.

34 Confira as informações em: Brasil (2014b).

35 AP nº 470/DF, STF.

36 Indulto total ou pleno e o indulto parcial, conhecido por comutação.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Reinaldo Rossano. **Punir e perdoar: análise da política pública na edição dos decretos de indulto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des) ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

AZEVEDO, Rodrigo; CIFALI, Ana Claudia Cifali. Seguridad pública, política criminal y penalidad en Brasil durante los Gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y Continuidades. In: SOZZO, Máximo (Org.). **Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur**. Buenos Aires: Clacso, 2016. p. 29-95.

BARRETO, Fabiana Costa de Oliveira. **Currículo lattes**. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4130444D0/>>. Acesso em: 8 mar. 2015.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Bertrand, Rio de Janeiro, 1998.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PRC 70/ 1976**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1244772&filename=Dossie+-PRC+70/1976](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1244772&filename=Dossie+-PRC+70/1976)>. Acesso em: 2 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 4.373, de 16 de fevereiro de 2016: cria a Lei de Responsabilidade Político-Criminal**. Brasília: Câmara de Deputados, 2016a.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. 2011. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/anexos-cnpcp/plano-politica-criminal-e-penitenciaria-2011.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. 2015a. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/imagens-cnpcp/plano-nacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2015

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 3.667, de 21 de novembro de 2000. Concede indulto, comuta penas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 nov. 2000. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=231046&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 4.011, de 13 de novembro de 2001. Concede indulto, comuta penas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 nov. 2001. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=233852&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 4.904, de 1 de dezembro de 2003. Concede indulto condicional, comutação e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 dez. 2003. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=238001&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 8.172, de 24 de dezembro de 2013. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2013. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=267340&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 8.380, de 24 de dezembro de 2014. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2014a. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=268469&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 8.615, de 23 de dezembro de 2015. Concede indulto natalino e comutação de penas e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 dez. 2015b. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/PublicacaoSigen.action?id=414375&tipoDocumento=DEC-n&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. Decreto nº 8.940, de 22 de dezembro de 2016. Concede indulto natalino e comutação de penas, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 dez. 2016b. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/PublicacaoSigen.action?id=414984&tipoDocumento=DEC-n&tipoTexto=PUB>>. Acesso em: 4 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Resolução nº 16/2003**. Disponível: <[http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq\\_edicao=484&seq\\_materia=9352](http://www.stj.jus.br/webstj/Institucional/Biblioteca/Clipping/2Imprimir2.asp?seq_edicao=484&seq_materia=9352)>. Acesso em: 26 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal (LEP). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 9 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. **Eleições 2014**: resultados eleições 2014 para presidente. 2014b. Disponível em: <<http://www.eleicoes2014.com.br/>>. Acesso em: 4 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Exposição de Motivos nº 00201/2016 MJC, de 21 de dezembro de 2016**: submete ao Presidente da República o Projeto de Decreto que concede indulto natalino [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <[reinaldorossano@yahoo.com.br](mailto:reinaldorossano@yahoo.com.br)> em 2 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Voto-Vista do Conselheiro Gabriel de Carvalho Sampaio, dezembro de 2016**: Minuta de Decreto que concede indulto natalino. [mensagem pessoal]. Mensagem recebida por: <[reinaldorossano@yahoo.com.br](mailto:reinaldorossano@yahoo.com.br)> em 2 out. 2017.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 1, de 27 de maio de 2014, do Presidente do CNCPC. **Diário Oficial da União**, n. 102, maio 2014c. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=121&data=30/05/2014>>. Acesso em: 19 out. 2017.

CARVALHO, Salo de. Em defesa da lei de responsabilidade político-criminal. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, n. 193, p. 1-3, 2008.

COHEN, Ernesto; FRANCO, Rolando. **Avaliação de projetos sociais**. Petrópolis: Vozes, 1993.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. 2012. 300 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 nov. 2016.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. Proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil. **Novos Estudos Jurídicos**, Santa Catarina, v. 6, n. 11, p. 77-89, 2000.

ENGUÉLÉGUÉLÉ, Stéphane. As comunidades epistêmicas penais e a produção legislativa

em matéria criminal. Tradução Wagner Amorim Madoz. Revisão Bruno Amaral Machado. **Revista Droit et Societé**, Paris, n. 40, p. 563-581, 1998.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**: teoría del garantismo penal. Tradução Pefecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

FIGUEIREDO, Railander Quintão. **Educação em serviços penais**: diretrizes para a Escola de formação do sistema prisional em Minas Gerais. 2007. 181f. Dissertação (Mestrado em Educação) - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2007. Disponível em: <[http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/FAEC85JPED/disserta\\_\\_o\\_railander\\_quint\\_o\\_de\\_figueiredo.pdf?sequence=1](http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/FAEC85JPED/disserta__o_railander_quint_o_de_figueiredo.pdf?sequence=1)>. Acesso em: 26 jul. 2015.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional pensa sobre a criminalidade**. 2007. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Programa de Pós-graduação em Sociologia da UnB, Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

GARLAND, David. **The Culture of Control**: crime and social contemporary society. Chicago: Chicago University Press, 2001.

\_\_\_\_\_. Beyond the Culture of Control. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, Vol. 7, n.2, 2004, pp. 160-189.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo**. 2010. 377 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

GOFFMAN, Erving. **Internados**: ensaio sobre la situación de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu, 1970.

HAAS, Peter M. Introduction: epistemic communities and international policy coordination. **Internation Organisation**, v. 49, n. 1, p. 1-35, 1992.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. México: Herder, 2005.

LANFREDI, Luís Geraldo Sant Ana. **Currículo lattes**. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4453304Z1>>. Acesso em: 8 mar. 2015.

MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal**: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. Discursos criminológicos sobre o crime e o direito penal: comunicação e diferenciação funcional. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 45, p. 110-116, 2012.

\_\_\_\_\_; SLONIAK, Marcos. Disciplina ou ressocialização? racionalidades punitivas, trabalho prisional e políticas penitenciárias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 11, p. 189-222, jan./jun. 2015.

\_\_\_\_\_; TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A tipificação do crime de desaparecimento forçado de pessoas: construção jusinternacional e a memória como categoria criminológica crítica. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 14, n. 63, p. 59-94, 2016.

MARQUES, Fabiano Lepre. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e a proteção dos direitos humanos do recluso. **Revista SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 36, p. 39-62, 2013. Disponível em: <[http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrij/article/viewFile/422/334](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrij/article/viewFile/422/334)>. Acesso em: 24 jul. 2015.

MATTHEWS, Roger. O mito do punitivismo revistado. In: MACHADO, Bruno Amaral. **Justiça criminal e democracia II**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

PIRES, A. Racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. **Novos Estudos do CEBRAP**, São Paulo, v. 68, p. 39-60, 2003.

PRATT, John. **Punishment and civilization**. London: Sage, 2002.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do direito**. Tradução Prof. L. Cabral de Mocada. Coimbra: Armênio Amado, 1997.

REZENDE, Beatriz Vargas Gonçalves de. **Currículo lattes**. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4767465H4/>>. Acesso em: 8 mar. 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo et al. **Carta de renúncia**. 25 jan. 2017. Disponível em: <<http://cdn01.justificando.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2017/01/26235023/carta-renuncia-conselho-nacional-MJ1.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2017.

SÁNCHEZ, Jesus Maria Silva. **La expansion del derecho penal: aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales**. Madri: Edisofer S.L, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum: direitos do cidadão do tipo “azar o seu”**. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-set-13/senso-incomum-direitos-cidadao-tipo-azar>>. Acesso em: 11. mar. 2015.

TRINDADE, André Karam. **Indulto é resquício absolutista ou garantia democrática?** 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-05/diario-classe-indulto-resquicio-absolutista-ou-garantia-democratica>>. Acesso em: 2 mar. 2015.

VAY, Giancarlo Silkunas. **O indulto natalino e os fantasmas que queremos apaziguar**. 2014. Disponível em: <<http://blogs.odiario.com/padredivanpedro/2014/12/30/indulto-de-natal/>>. Acesso em: 11.mar. 2015.

ZACKSESKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 126, n. 24, p. 291-331, dez. 2016.

Submetido: 7 jun. 2017

Aprovado: 6 out. 2017

# O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DE UM PROJETO DE VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A EDUCAÇÃO COMO ELEMENTO INDISPENSÁVEL<sup>1</sup>

*Daniel Wunder Hachem\**

*Alan Bonat\*\**

1 Introdução. 2 O direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3 A dimensão positiva do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida a partir da multifuncionalidade e indivisibilidade dos direitos humanos. 4 Educação como parcela da dimensão positiva do direito ao desenvolvimento de um projeto de vida: finalidades, direitos e deveres. 5 Desafios de implementação do direito à educação no Brasil. 6 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a existência do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, segundo o qual cada indivíduo deve ter assegurada a sua autonomia para realizar escolhas sobre quais caminhos irá seguir para se realizar existencialmente. A imposição de obstáculos a essa liberdade por parte do Estado, mediante ações que privem o indivíduo de desenvolver livremente sua personalidade e gerem graves prejuízos à persecução do seu projeto de vida, ocasiona o que a Corte chamou de “danos ao projeto de vida”, passíveis de ensejar o dever estatal de repará-los. A proposta defendida no artigo é a de que, além de uma dimensão defensiva (ou negativa), de proibir os Estados de privar o indivíduo de suas liberdades, arruinando o seu projeto de vida, o direito em questão possui uma faceta prestacional (ou positiva): incumbe também aos

---

\* Pós-doutorado em andamento na Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (Bolsa CAPES). Professor dos Cursos de Graduação e dos Programas de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e da Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Doutor e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Líder do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do PPGD-PUCPR. Diretor Acadêmico do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do PPGD-UFPR ([www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)). Coordenador e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto Romeu Felipe Bacellar. Coordenador Executivo, pelo Brasil, da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Advogado. Site: <[www.danielhachem.com](http://www.danielhachem.com)>. E-mail: <[danielhachem@gmail.com](mailto:danielhachem@gmail.com)>.

\*\* Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR (Curitiba-PR, Brasil). Especialista em Direito e Processo Tributário pela Academia Brasileira de Direito Constitucional – ABDCONST. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Curitiba-PR, Brasil. E-mail: <[bonat.alan@gmail.com](mailto:bonat.alan@gmail.com)>.

Podere Públicos o fornecimento de condições materiais para que cada pessoa possa exercer livremente as escolhas que considera mais aptas ao alcance de seus objetivos existenciais. Entre essas condições, destaca-se a educação como elemento indispensável para que o sujeito possa ser plenamente autônomo e gozar da capacidade de tomar decisões a respeito de sua vida e agir de forma efetivamente livre. O estudo analisa a proteção jurídica do direito à educação nos sistemas global e interamericano de direitos humanos, bem como no ordenamento jurídico brasileiro, concluindo com um diagnóstico dos desafios à implementação do direito à educação no Brasil.

**Palavras-chave:** Direitos humanos. Projeto de vida. Dignidade da pessoa humana. Educação. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## 1 INTRODUÇÃO

No fim da década de 1990, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu duas sentenças peculiares, nas quais consignou a existência de um direito de todo ser humano a criar e a desenvolver um projeto de vida. Tendo como ponto de partida a autonomia pessoal, entendeu a Corte que, quando um Estado priva gravemente o indivíduo da liberdade de traçar as metas pessoais que pretende alcançar, impedindo-o de desenvolver plenamente a sua personalidade e destruindo suas oportunidades de perseguir os seus objetivos de vida, tal situação suscita “danos ao projeto de vida”, ensejadores do dever de reparação.

Tanto no caso *Loayza Tamayo versus Peru* quanto no caso *Villagran Morales versus Guatemala*, a Corte Interamericana conferiu maior ênfase à função *defensiva* (ou *negativa*) do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, ressaltando que aos Estados é proibido praticar condutas tendentes a obstaculizar as liberdades de cada indivíduo de estabelecer um projeto de vida e buscar sua plena realização existencial. Contudo, considerando as características da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, segundo a qual cada um desses direitos desempenha múltiplas funções, e da indivisibilidade dos direitos humanos, de acordo com a qual a proteção dos direitos civis e políticos depende da satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais, surge a seguinte questão: teria o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida também uma feição *prestacional* (ou *positiva*)?

Haveria uma obrigação dos Estados de não apenas se absterem de violar comissivamente o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, mas também de proporcionarem as condições materiais necessárias para que a pessoa seja capaz de escolher com verdadeira liberdade os rumos de sua própria vida? A proposta que se pretende defender é a de que, para além da função *defensiva* (ou *negativa*) do direito em questão, já sublinhada pela Corte Interamericana, a sua plena realização exibe também uma faceta *prestacional* (ou *positiva*), a qual exige que os Estados possibilitem materialmente aos indivíduos o exercício de sua autonomia em uma máxima medida.

Entre as incumbências estatais destinadas a esse escopo, sustenta-se aqui o caráter imprescindível da educação como elemento integrante do direito a um projeto de vida, haja vista a sua íntima relação com a dignidade da pessoa humana e com a ideia de autonomia. Conforme se pretende demonstrar ao longo do texto, a educação é um componente crucial para que cada indivíduo possa usufruir das condições necessárias ao exercício dos demais direitos humanos e fundamentais.

Assim, os objetivos deste estudo consistem em: (i) analisar o contexto do reconhecimento e consolidação do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos; (ii) indicar em que medida o direito em questão possui também uma dimensão prestacional ou positiva; (iii) examinar qual é a relação entre a educação e o direito à liberdade de estabelecer os rumos da sua própria vida; (iii) identificar quais são os dispositivos dos sistemas global e interamericano de direitos humanos, bem como da Constituição brasileira de 1988, que oferecem tutela ao direito à educação; (iv) verificar quais são os principais problemas e desafios a serem enfrentados para a satisfação do direito fundamental à educação no cenário nacional.

## 2 O DIREITO À CRIAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO DE UM PROJETO DE VIDA NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A concepção contemporânea de direitos humanos desenvolveu-se com o propósito de não deixar apenas nas mãos dos Estados Nacionais a incumbência de proteger o ser humano e sua dignidade, fazendo-se necessária a assunção de compromissos pelos Estados na ordem internacional relacionados ao respeito e à promoção dos direitos humanos. Trata-se de uma construção que emergiu de um processo de “internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.” (PIOVESAN, 2004, p.80-82).<sup>2</sup> No período entreguerras e com a eclosão da 2ª Guerra Mundial, observou-se como era possível que o próprio Estado se tornasse o principal agente transgressor dos direitos mais básicos do ser humano.

Nesse sentido, a afirmação histórica dos direitos humanos tem como elemento propulsor o sofrimento experimentado pelas pessoas, e a sua reconstrução tem como escopo consolidar a dignidade humana como um valor superior a ser respeitado (COMPARATO, 2005, p. 54). O pós-guerra, então, foi marcado pelo empenho em forjar mecanismos de tutela dos direitos humanos, os quais passaram a se tornar um farol de orientação das ações da comunidade internacional atual, tendo-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 como uma das principais referências desse movimento.

Ao conceber os direitos humanos como *universais*, a Declaração Universal de 1948 afirma que a sua titularidade deve ser reconhecida a todas as pessoas. A universalidade significa, assim, que a condição humana “é o requisito único para a titularidade de direitos,



considerando o ser humano como essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade.” (PIOVESAN, 2005, p. 44-45). Ao qualificá-los como *indivisíveis*, o documento frisa o caráter uno e interdependente dos direitos humanos, unindo as supostas categorias “direitos civis e políticos”, de um lado, e “direitos econômicos, sociais e culturais”, de outro. Enquanto direitos humanos, todos formam uma unidade, de modo que a proteção de uns é necessária para a garantia dos outros, em um caráter de complementaridade (SANTOS; VARELLA, 2016, p. 174).

Dentro desse marco, diferentes direitos foram sendo incorporados em tratados internacionais de direitos humanos e identificados pela jurisprudência das Cortes de Direitos Humanos. Um deles, que merece especial atenção neste estudo, é o chamado direito à criação e ao desenvolvimento de um *projeto de vida*. A noção de “projeto de vida”, acompanhada da possibilidade de se reconhecer a ocorrência de danos a ele causados, desenvolveu-se inicialmente no chamado “Direito de Danos”, no âmbito da responsabilidade civil e do dever de reparar prejuízos ocasionados aos indivíduos em decorrência de condutas que acabaram por obstruir e obstaculizar gravemente o livre desenvolvimento de sua personalidade. O dano ao projeto de vida é aquele que bloqueia o alcance das metas e objetivos de vida traçados pela pessoa, que integram o âmago de sua existência, por causa de um fato traumático que lhe impede de atingir os seus ideais de vida (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1995, p. 163).

O tema já havia sido tratado de forma inicial no âmbito doutrinário, com destaque para os textos de Carlos Fernández Sessarego. Entre outras publicações, o autor, em artigo de 51 páginas, publicado em 1996, desenvolveu a ideia de “danos ao projeto de vida” por meio de uma fundamentação filosófica e da distinção entre o conceito genérico de “dano à pessoa” e os conceitos específicos de “dano moral”, “dano psíquico” e “dano ao projeto de vida” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1996).<sup>3</sup> O chamado dano ao “projeto de vida” consiste, de acordo com o autor, em “uma grave limitação ao exercício da liberdade”, razão pela qual sublinha que “o mais grave dano que se pode causar à pessoa é aquele que repercute de modo radical em seu projeto de vida, vale dizer, aquele ato que impede que o ser humano se realize existencialmente em conformidade com tal projeto livremente escolhido.” (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 1996, p. 48-51).

O conceito de “danos ao projeto de vida” foi utilizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela primeira vez em 1998 no caso *Loayza Tamayo versus Peru* (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a), no qual a sentença reconheceu a responsabilidade do Estado peruano por tratos cruéis, desumanos e degradantes contra a vítima María Elena Loayza Tamayo. Além disso, a Corte condenou o Peru a efetivar a reintegração da vítima ao cargo de docente em instituições públicas, bem como em indenização reparatória dos danos causados ao projeto de vida da Sra. Loayza Tamayo.<sup>4</sup> Essa parte da decisão merece especial atenção no presente estudo.

A sentença, em seu tópico “XII – *Proyecto de Vida*”, reconheceu entre os parágrafos 144 e 154 que as violações de direitos humanos perpetradas pelo Estado peruano contra María

Elena Loayza Tamayo provocaram “danos ao seu projeto de vida”, aptos a ensejar uma reparação específica que não se confunde com as categorias do “dano emergente” e do “lucro cessante”. Entendeu a Corte Interamericana que, enquanto o dano emergente se refere a uma afetação patrimonial que deriva de forma imediata e direta dos fatos danosos, e o lucro cessante diz respeito exclusivamente à perda de rendimentos econômicos futuros, passíveis de quantificação mediante critérios mensuráveis e objetivos, o chamado “projeto de vida” está relacionado com a “realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem estabelecer razoavelmente para si determinadas expectativas e buscar alcançá-las.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, *online*). Assim, a noção de “projeto de vida” distingue-se das categorias anteriormente mencionadas porque guarda conexão com a ideia de realização pessoal do indivíduo, que depende diretamente das opções que ele pode escolher para tomar decisões a respeito da sua vida e atingir o destino por ele almejado.

Para a Corte, o “dano ao projeto de vida” decorre de situações em que “fatos violadores de direitos impedem ou obstruem seriamente a obtenção do resultado previsto e esperado, e acabam por alterar de forma substancial o desenvolvimento do indivíduo” e “implica a perda ou o grave prejuízo de oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável”. Como consequência, a própria existência da pessoa acaba sendo modificada “por fatores alheios a ela, que lhe são impostos de forma injusta e arbitrária, com violação das normas vigentes e da confiança que ela pôde depositar em órgãos do poder público obrigados a protegê-la e a fornecer-lhe segurança para o exercício de seus direitos e a satisfação de seus legítimos interesses.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, *online*).

Em outras palavras, sublinha a Corte que a criação e o desenvolvimento de um projeto de vida pelas pessoas só poderão ocorrer se elas não forem privadas de sua liberdade de decidir os caminhos que irão seguir em sua vida sem interferências externas. É graças ao seu elevado valor existencial, a privação dessas opções ou os prejuízos a elas gerados em decorrência de ações estatais “implicam a redução objetiva da liberdade e a perda de um valor que não pode ser alheio à atenção desta Corte.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, *online*).

O voto conjunto proferido pelos juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli afirmou que toda pessoa tem direito a criar e a desenvolver um projeto de vida, o qual “se encontra indissolúvelmente vinculado à liberdade, como direito de cada pessoa a escolher seu próprio destino”, bem como ressaltou a importância da dignidade e do valor intrínseco da existência de cada pessoa (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998b, *online*). A partir desse raciocínio, a sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos inovou ao definir que o chamado “dano ao projeto de vida” ocorre nas hipóteses em que atos ofensivos aos direitos humanos do sujeito acabam por interromper o seu desenvolvimento natural e previsível, modificando drasticamente o

curso da sua vida ao imporem “circunstâncias novas e adversas”, que alteram os “planos e projetos que uma pessoa formula à luz das condições ordinárias nas quais desenvolve sua existência e de suas próprias aptidões para efetivá-los com probabilidades de êxito.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998a, *online*).

Há que se registrar, contudo, a declaração de voto contrário ao reconhecimento da categoria ora analisada. Na mesma decisão, embora tenha concordado com as razões de decidir e com a condenação do Estado do Peru, o juiz Oliver Jackman manifestou-se expressamente contra a noção do chamado “dano ao projeto de vida”, afirmando que tal conceito, novo na jurisprudência da Corte, em sua “respeitosa opinião, padece de falta de clareza e fundamento jurídico”. Sustenta que seria algo desnecessário, pois o art. 63 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos já autoriza a Corte a apreciar os danos causados e a determinar a adoção de medidas de reparação e o pagamento de justa indenização às vítimas de violações de direitos humanos, o que tornaria incabível e dispensável a criação de uma nova modalidade reparatória, já que “uma pretensão fundada na ‘perda de oportunidades de desenvolvimento’ pode ser examinada como qualquer outra pretensão.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998c, *online*).

Esse primeiro desenvolvimento jurisprudencial do conceito de “projeto de vida” no caso “Loayza Tamayo versus Perú” foi concebido em torno da ideia de sua dimensão negativa: ele impõe um não agir, uma proibição a que os Estados provoquem danos ao projeto de vida da pessoa, gerando violações ao exercício de sua liberdade de escolher os meios que reputa mais adequados para realizar-se existencialmente. Se o indivíduo possui o direito de estabelecer um projeto de vida e decidir os caminhos mais convenientes a alcançar os seus propósitos, a sua liberdade de construir o seu destino não pode ser obstada pelo Poder Público. Após o julgado, o tema passou a ganhar ainda maior atenção da doutrina (BORDOLI ETCHAMENDI, 2006; GALDÁMEZ ZELADA, 2007; ALVARÁN LÓPEZ et al., 2011; BECERRA BECERRA, 2014; CALDERÓN GAMBOA, 2005).

O direito a um projeto de vida recebeu novos contornos, embora de forma muito incipiente e sem maiores desenvolvimentos, no caso Villagran Morales *versus* Guatemala, no qual se discutiu a responsabilidade do Estado em relação à impunidade de policiais que torturaram e assassinaram cinco meninos de rua. Ainda que timidamente, a sentença reconheceu no parágrafo 191 que “toda criança tem direito a cultivar um projeto de vida que deve ser cuidado e fomentado pelos poderes públicos para que se desenvolva em benefício seu e da sociedade à qual pertence.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999a, *online*).

Ademais, novamente em voto conjunto, os juízes Antônio Augusto Cançado Trindade e Alirio Abreu Burelli reiteraram, nos parágrafos 3, 8 e 9, a existência do direito à criação de um projeto de vida, o qual “requer para o seu desenvolvimento condições de vida digna, de segurança e de integridade da pessoa humana.” Após retomarem o voto por eles proferido no caso “Loayza Tamayo versus Perú”, destacaram os juízes que toda pessoa que vive, em sua infância, “na humilhação da miséria, sem a menor condição sequer de criar seu projeto de

vida, experimenta um estado de padecimento equivalente a uma morte espiritual.” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1999b, *online*).

Ao reconhecer o direito de toda pessoa a criar e a desenvolver um projeto de vida alicerçado na dignidade, a Corte Interamericana, mesmo que de forma tímida, conferiu ao direito à vida uma dupla dimensão: uma negativa e outra positiva. A dimensão negativa significa que nenhuma pessoa pode ser arbitrariamente privada da sua vida, ou seja, representa uma proibição de agir, um limite à prática de atos que atentem contra a vida de qualquer pessoa. Já a dimensão positiva determina que os Estados devem atuar positivamente, objetivando proteger o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida digna, mediante a adoção de medidas concretas de proteção e promoção (PIOVESAN, 2014, p. 147).

Diante do fato de que a Corte não explorou as potencialidades dessa segunda dimensão – a positiva – do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, cumpre demonstrar em que medida é possível extrair essa consequência jurídica do referido direito e qual é o papel da educação nesse cenário.

### 3 A DIMENSÃO POSITIVA DO DIREITO À CRIAÇÃO E AO DESENVOLVIMENTO DE UM PROJETO DE VIDA A PARTIR DA MULTIFUNCIONALIDADE E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Com apoio na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, aliada às características da multifuncionalidade e da indivisibilidade dos direitos humanos, é possível sustentar, conforme se propõe neste estudo, que o direito a criar e a desenvolver um projeto de vida impõe simultaneamente aos Estados deveres *negativos* (de não violação) e *positivos* (de proteção e promoção) para sua máxima realização.

O direito em questão expressa que todo indivíduo, em sua condição de sujeito de direitos, deve usufruir dos pressupostos necessários para desenvolver sua personalidade, fazer suas escolhas de acordo com seus valores e objetivos, participar das deliberações públicas e de ações econômicas, sociais e políticas. O direito de toda pessoa a criar e a desenvolver seu projeto de vida aproxima-se, assim, do que Amartya Sen denomina de condição de agente, relativa à capacidade das pessoas de escolherem seus objetivos e à capacidade de realizá-los (SEN, 1999, 2000).

Adotando-se a mencionada interpretação da Corte como paradigma para análise da proteção dos direitos humanos, é reforçada a característica da indivisibilidade desses direitos, uma vez que não basta que os Estados se abstenham de violar e causar prejuízos à vida das pessoas por meio de ações ofensivas, mas devem também se empenhar em garantir os requisitos essenciais para que toda pessoa seja efetivamente capaz de desenvolver seu projeto de vida. Para tanto, a atuação estatal não deve ter como escopo somente proteger os direitos

humanos contra ações comissivas que venham a violá-los, mas também visar à potencialização desses direitos, resguardando e promovendo na maior medida possível a dignidade da pessoa humana. Assim, o Estado e suas instituições representam um instrumento, uma construção social que tem como fim proteger a dignidade e o bem-estar das pessoas por meio da satisfação dos direitos humanos (GABARDO, 2009; BARCELLOS, 2011).

Sob essa perspectiva, é possível conceber duas funções dos direitos humanos. Por um lado, ostentam uma função *negativa* (ou *defensiva*), operando como barreiras contra ações praticadas pelo Estado que violem direitos humanos. Por outro, apresentam uma função *positiva* (ou *prestacional*), atribuindo aos Estados o dever de atuarem para assegurar às pessoas as condições imprescindíveis para desenvolverem seus projetos de vida. Notadamente nos sistemas jurídicos que adotam o modelo de Estado Social de Direito,<sup>5</sup> tal como o ordenamento constitucional brasileiro de 1988 (BITENCOURT NETO, 2017b; GABARDO, 2017; BERCOVICI, 2014), o Poder Público assume o compromisso de proporcionar aos cidadãos prestações positivas, mediante o oferecimento de serviços públicos e a implementação de políticas públicas voltadas à plena satisfação dos direitos fundamentais (MARTÍNEZ, 2015; MUÑOZ, 2015c; HACHEM, 2014a).

Essa característica, chamada de *multifuncionalidade*, é explorada no âmbito da teoria dos direitos fundamentais, assim compreendidos aqueles direitos aos quais a Constituição de um determinado Estado confere um regime jurídico especial, situando-os em um patamar hierárquico superior e protegendo-os contra investidas de maiorias simples no Parlamento.<sup>6</sup> Nesse sentido, Robert Alexy sustenta que tais direitos são dotados de *multifuncionalidade*, ou seja, de um mesmo direito fundamental é possível deduzir diferentes funções, que impõem, cada qual, distintos deveres aos Poderes Públicos: (i) de *defesa* contra investidas do Estado; (ii) de *prestações materiais*, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de *prestações normativas*, ligadas: (iii.i) de *proteção* do direito fundamental contra ações de outros particulares; e (iii.ii) de criação de *órgãos, instituições e procedimentos* que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções. Trata-se de uma visão que permite enxergar o direito fundamental *como um todo* (ALEXY, 2007, p. 214).

Tal perspectiva pode também ser aplicada aos direitos humanos, assim compreendidos como aqueles direitos reconhecidos em tratados e convenções internacionais, voltados à proteção do ser humano e de sua dignidade para além da tutela oferecida no âmbito interno por cada Estado. Assim como os direitos fundamentais protegidos no marco das Constituições dos Estados exibem essa característica da *multifuncionalidade*, possuindo uma função de *defesa* (dimensão negativa) que impõe proibições de agir ao Poder Público, e uma função de *prestação* (dimensão positiva) que estabelece ao Estado deveres de agir positivamente para promover e proteger o bem jurídico tutelado pelo direito, também os direitos humanos reconhecidos em instrumentos jurídicos internacionais ostentam essa peculiaridade.

No que diz respeito ao direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, viu-se que a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos dedicou-se mais

detidamente à sua função *defensiva* (ou *negativa*), dando ênfase ao fato de que tal direito proíbe os Poderes Públicos de criar obstáculos ao natural desenvolvimento dos projetos de vida das pessoas, impedindo o exercício de sua liberdade e prejudicando, com isso, a sua plena realização existencial, de modo que as ações estatais que bloqueiem a autonomia individual de forma grave ensejarão o dever de reparação dos danos causados ao projeto de vida. O referido direito, no entanto, exhibe concomitantemente uma função *prestacional* (ou *positiva*), sem a qual o seu exercício se encontra também inviabilizado, e que não foi objeto de maiores desenvolvimentos pela jurisprudência da Corte Interamericana.

Para que o indivíduo possa, com liberdade e sem interferências externas, estabelecer um projeto de vida e adotar os caminhos necessários para alcançar de forma autônoma seus objetivos, é imprescindível que ele goze de condições materiais essenciais para conseguir exercer plenamente sua liberdade. Nesse sentido, Luís Roberto Barroso aduz que um dos três conteúdos básicos da dignidade da pessoa humana consiste justamente na autonomia, a qual possibilita a cada sujeito “buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida.” A autonomia, segundo o autor, “corresponde à capacidade de alguém tomar decisões e de fazer escolhas pessoais ao longo da vida, baseadas na sua concepção de bem, sem influências externas indevidas.” (BARROSO, 2012, p. 81-82).

Desse modo, a capacidade do indivíduo de criar e desenvolver um projeto de vida pressupõe que ele goze de condições mínimas de bem-estar, que se revelem suficientes para permiti-lo escolher quais os melhores caminhos a serem seguidos. Para o real exercício das liberdades, é indispensável, portanto, a satisfação das necessidades vitais mais básicas da pessoa, “sob pena de a autonomia se tornar uma mera ficção, e a verdadeira dignidade humana não existir. Isso exige o acesso a algumas prestações essenciais - como educação básica e serviços de saúde [...]” (BARROSO, 2012, p. 85). A liberdade para criar e desenvolver um projeto de vida exige, por consequência, a garantia do direito ao mínimo existencial, já que sem condições materiais de existência digna, as liberdades fundamentais não podem ser exercidas (TORRES, 2009).

Por meio de tais ações estatais, são promovidos direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, moradia, (VALLE, 2014) alimentação, assistência social, previdência social, entre outros direitos necessários a fornecer aos indivíduos condições de bem-estar e dignidade. O direito ao mínimo existencial é composto por parcelas de cada um desses direitos sociais sem as quais a pessoa é incapaz de viver de forma minimamente digna.

Em sua faceta prestacional (ou positiva), o direito ao mínimo existencial corresponde ao “conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e a manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual”, que permita a participação democrática dos cidadãos nas esferas de deliberação pública, possibilitando-lhes o livre desenvolvimento de sua personalidade (BARCELLOS, 2011, p. 247). Ainda que a doutrina possa controverter

em relação ao conteúdo do mínimo existencial,<sup>7</sup> parece ser consensual entre os autores o reconhecimento de que a educação é uma das condições materiais básicas para se viver de forma minimamente digna.<sup>8</sup> Afinal, sem instrução formal, capacidade de ler e escrever, domínio de aspectos básicos das diversas áreas do conhecimento, o indivíduo não possui meios de escolher livremente a forma como irá se expressar e se comunicar com os demais, a profissão que irá exercer, entre tantas outras liberdades que dependem de habilidades que somente a educação é capaz de proporcionar.

Nessa linha, chega-se à proposição central defendida neste trabalho: *o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, cuja efetividade depende da garantia de autonomia ao indivíduo e liberdade para escolher os rumos de sua própria vida, requer o fornecimento, mediante prestações positivas, de condições materiais de existência digna por parte do Poder Público, entre as quais se encontra a educação.*

Cumprido, portanto, analisar em que medida a educação está relacionada à dimensão positiva do direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, e qual é a proteção dispensada ao direito fundamental à educação pelos sistemas global e interamericano de direitos humanos e pelo ordenamento constitucional brasileiro.

#### **4 EDUCAÇÃO COMO PARCELA DA DIMENSÃO POSITIVA DO DIREITO AO DESENVOLVIMENTO DE UM PROJETO DE VIDA: FINALIDADES, DIREITOS E DEVERES**

Uma vez identificada a obrigação do Estado de promover ao cidadão condições materiais para que ele possa desenvolver livremente sua personalidade e deter autonomia para tomar decisões sobre o seu projeto de vida, cumpre apontar a relevância da educação como um elemento indispensável para a plena realização existencial do ser humano e, por consequência, para o desenvolvimento de seu projeto de vida.

Em um sentido muito amplo, a educação pode ser compreendida como um processo que se inicia no nascimento das pessoas e termina somente no momento da morte. É ainda um processo que, segundo Sérgio Haddad, perpassa “todas as esferas de convivência, como a família, a comunidade, o trabalho, as amizades, as igrejas, as escolas etc.” (HADDAD, 2006, p. 1-2). Tendo em vista a amplitude desse processo, bem como a pluralidade de significados para o vocábulo educação, destaca-se neste estudo a denominada educação formal. Ela consiste na educação organizada no modelo escolar, isto é, reconhecida oficialmente e oferecida nas escolas em cursos estruturados em níveis ou graus, currículos e programas (GASPAR, 2002, p. 171). A partir dessa definição, é possível identificar as finalidades do direito à educação nos três sistemas normativos de proteção dos direitos humanos.

No sistema global de proteção dos direitos humanos, as finalidades da educação são previstas principalmente no art. 26, § 2º, da Declaração Universal de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948), segundo o qual a educação objetiva possibilitar o

pleno desenvolvimento da personalidade das pessoas, fortalecer o respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais, bem como proporcionar a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e as diferentes etnias. Tais finalidades são também previstas pelo art. 13, § 1º, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966), o qual preceitua que, pela educação, o ser humano pode desenvolver plenamente sua personalidade e o sentido da sua dignidade.

Além desses fins, a Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que a educação deve ser orientada a fim de garantir o desenvolvimento das aptidões físicas e mentais das crianças, possibilitando ainda que elas desenvolvam “o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e aos seus valores, aos valores nacionais do país em que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua” e “o respeito ao meio ambiente.” (UNITED NATIONS, 2016, *online*).

Essas finalidades são complementadas na esfera regional. No sistema interamericano, o art. 13, § 2º, do Protocolo de San Salvador acrescenta que a educação tem como metas reforçar o pluralismo ideológico, capacitar as pessoas para participarem de forma efetiva em uma sociedade democrática e pluralista, bem como habilitar e qualificar os indivíduos para que alcancem uma vida digna (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988).

Já no âmbito local, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) prescreve, em seu art. 205, que a educação tem como escopo oportunizar o pleno desenvolvimento às pessoas, prepará-las para a cidadania e qualificá-las para o trabalho. Ainda, a Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB), que regulamenta o direito à educação, reitera nos arts. 2º e 22 as finalidades previstas em nível constitucional, indicando os objetivos específicos de cada etapa da educação básica nos arts. 29 (Educação Infantil), 32 (Ensino Fundamental) e 35 (Ensino Médio) (BRASIL, 1996).

A partir dessa breve exposição das finalidades da educação fixadas nas três esferas de proteção dos direitos humanos, infere-se que o direito à educação possui um papel significativo para a criação e o desenvolvimento de um projeto de vida digna. Além disso, conforme elucida Richard Pierre Claude, é possível conceber a educação como um direito que apresenta múltiplas faces, podendo ser enxergada: (i) como um direito social, pois promove o desenvolvimento da personalidade; (ii) como um direito econômico, porque contribui para a qualificação profissional e, ao menos potencialmente, para a obtenção de melhores empregos; (iii) como um direito cultural, vez que “a comunidade internacional orientou a educação no sentido de construir uma cultura universal de direitos humanos.” (CLAUDE, 2005, p. 37).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou em sentido semelhante, identificando esse caráter multifacetado do direito à educação. No Parecer Consultivo nº 17/2002, a Corte assinalou que, entre as medidas especiais de proteção das crianças a serem



adotadas, nos termos do art. 19 da Convenção Americana, o mencionado direito ostenta uma posição privilegiada. Isso porque favorece a possibilidade das crianças de desfrutarem uma vida digna, bem como contribui para prevenir situações desfavoráveis para elas e para a sociedade (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, p. 70).

O primeiro aspecto a ser observado com base nos pressupostos acima mencionados é que, como instrumento que auxilia o desenvolvimento da personalidade, a educação tem um papel essencial para que as pessoas adquiram consciência e tomem decisões a respeito das suas próprias possibilidades, o que é bem explicado por Michelle de Freitas Bissoli. Segundo a autora, “o desenvolvimento da personalidade permite que o sujeito deixe de ser reativo ao ambiente que o cerca e passe a ser ativo, intervindo, intencionalmente, sobre a realidade.” (BISSOLI, 2005, p. 75-76).

Então, o direito à educação possibilita o desenvolvimento das diversas capacidades dos seres humanos, habilitando o indivíduo tanto para decidir quais valores e objetivos considera essenciais, preparando-o para alcançá-los. É, assim, um importante direito para garantir a autonomia da pessoa, colocando-a na condição de agente, isto é, “alguém que age e ocasiona mudança e cujas realizações podem ser julgadas de acordo com seus próprios valores e objetivos, independentemente de as avaliarmos ou não também segundo algum critério externo”, reiterando-se a concepção de Amartya Sen (SEN, 2009, p. 33).

Uma segunda particularidade a ser destacada é a compreensão da educação como instrumento de realização de outros direitos humanos, o que é expressamente previsto pelo art. 26 da Declaração Universal de 1948 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948). Enquanto base para o desenvolvimento da personalidade e para a formação das pessoas, o direito à educação favorece o reconhecimento dos direitos humanos e, por conseguinte, beneficia a defesa e a promoção desses direitos, já que os indivíduos que passam por processos educativos aprimoram capacidades que melhoram suas condições para exercerem outros direitos humanos. Nessa perspectiva, o direito à educação é essencial para o exercício da cidadania, para a participação das pessoas nas deliberações públicas e para a própria afirmação dos direitos humanos.<sup>9</sup>

O próprio exercício de várias facetas do direito de liberdade, como a liberdade de informação, os direitos de participação política (como votar e ser votado) e o direito a um acesso igualitário a serviços públicos demanda ao menos um mínimo de educação. Há também outros exemplos, como o direito à livre escolha de profissão e o direito a usufruir de benefícios do progresso científico, cuja fruição pressupõe que a pessoa já tenha atingido certo patamar de instrução para que possa exercê-los adequadamente (HACHEM, 2016).

Essa relação entre o direito à educação e os demais direitos humanos pode ser também exemplificada a partir do direito à liberdade de pensamento e de expressão previsto no art. 13 da Convenção Americana. Esse direito ostenta uma dimensão individual, segundo a qual toda pessoa tem o direito de expressar seu pensamento, e também uma dimensão coletiva, pela qual toda pessoa tem a liberdade de buscar, receber e difundir informações

e ideias de toda natureza, conforme afirmado pela Corte Interamericana no Parecer Consultivo nº 5/1985 (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1985, p. 9-10). A concretização da dupla dimensão e, dessa forma, do direito de liberdade de pensamento e de expressão, pressupõe a autonomia intelectual das pessoas, evidenciando-se a necessidade de um mínimo de educação.

Outro fator a ser considerado diz respeito ao modelo de globalização nas sociedades contemporâneas. Estruturado essencialmente na flexibilização e na integração dos processos de trabalho, o referido modelo tanto desencadeia mudanças socioeconômicas, tecnológicas e culturais de maneira contínua e acelerada, como provoca alterações constantes no mercado de trabalho. Ao contribuir para o aprimoramento de habilidades cognitivas e comportamentais, a educação permite que as pessoas compreendam os fundamentos tecnológicos e científicos dos processos produtivos. Capacidades de raciocínio e de domínio da linguagem matemática, as quais propiciam a antecipação e a resolução de problemas, são exemplos de habilidades cognitivas estimuladas nas escolas. Igualmente, a educação colabora para a expansão de habilidades comportamentais, como as capacidades de cooperação ou de decisão. Em vista disso, o direito à educação possibilita o desenvolvimento da capacidade de aprendizado contínuo, colaborando para a introdução e permanência dos indivíduos em um mercado de trabalho altamente mutável (HERRÁN; NEUBAUER, 2010, p. 34; NEUBAUER et al., 2011, p. 12).

Mas não só. Há que se realçar estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, o qual constatou que, no Brasil, aproximadamente 30% da desigualdade na remuneração decorre de diferenças na escolaridade dos trabalhadores (BARROS; FOGUEL; ULYSSEA, 2006, p. 59-60). Pesquisa semelhante conduzida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) demonstrou que o rendimento-hora dos trabalhadores aumenta progressivamente com o avanço da escolaridade: trabalhadores com até 4 anos de estudo recebiam remuneração-hora equivalente a R\$ 5,00 (cinco reais); já as pessoas com mais de 12 anos de estudo recebiam acima de R\$ 22,00 (vinte e dois reais) por hora (BRASIL, 2013a, p. 152).

Denota-se, assim, a perspectiva econômica e a intrínseca relação entre o direito à educação e o direito ao trabalho, vez que, além de elemento que oportuniza a mobilidade social, a educação é pressuposto para que os cidadãos possam optar pela continuidade dos estudos, por exemplo, ingressando no Ensino Superior. Veja-se que não se está reduzindo o papel da educação a fins meramente econômicos ou a exigências do mercado, mas sim demonstrando-se que tal direito é importante para ampliar as alternativas das pessoas e para que estas adquiram uma capacidade real de escolha, também no campo econômico. Portanto, é um direito imprescindível para a criação e o desenvolvimento de um projeto de vida digna, haja vista a íntima relação entre o trabalho e a dignidade humana (GONÇALVES; LOPES, 2013).

Tendo em vista que a educação é uma das condições necessárias para que toda pessoa possa criar e desenvolver seu projeto de vida digna, pretende-se neste item ex-

por as normas previstas nos sistemas global, regional e nacional que tutelam o direito à educação, enfatizando-se os deveres impostos ao Estado para a proteção e a promoção do direito à educação.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos determina no art. 26, §1º, que os níveis de ensino elementar e fundamental devem ser oferecidos gratuitamente, sendo o ensino elementar obrigatório. Preceitua ainda que o ensino técnico e profissional deve ser generalizado, e todas as pessoas devem ter acesso ao ensino superior, de acordo com seus respectivos méritos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Em redação semelhante, o art. 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais acrescenta os seguintes deveres: (i) implementação progressiva do Ensino Superior gratuito, (ii) ampliação do acesso à educação primária para as pessoas que não a receberam, ou que não concluíram completamente tal etapa da educação; (iii) implementação de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, de um sistema de bolsas de estudo e de contínua melhoria das condições materiais do corpo docente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1966). Já a Convenção sobre os Direitos da Criança inclui, em seu art. 28, § 1º, “e”, a necessidade de que sejam adotadas “medidas para estimular a frequência às escolas e a redução do índice de evasão escolar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989).

Na esfera regional, o Protocolo Adicional à Convenção Americana prevê genericamente o dever de implementação progressiva do direito à educação. Tal previsão é complementada pelo art. 13 do Protocolo de San Salvador (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1988), o qual estabelece que: (i) a educação primária deve ser oferecida gratuitamente; (ii) a educação secundária e o Ensino Superior gratuitos devem ser implementados progressivamente; (iii) deve ser ampliado o acesso à educação básica para as pessoas que não concluíram seus estudos na idade adequada; e (iv) devem ser criados programas de ensino diferenciados para as pessoas com deficiência física ou mental. O Protocolo de San Salvador reforça a proteção do direito à educação ao admitir o processamento de queixas ou denúncias, pelo sistema de petições individuais, contra ações estatais que violem esse direito, conforme se depreende do art. 19, § 6º.

De um lado, é certo que as normas dos ordenamentos jurídicos internos devem ser interpretadas à luz dos direitos humanos protegidos pelas convenções internacionais, como forma de maximizar a sua tutela e promoção por parte dos Estados, inclusive por meio da realização de controle de convencionalidade nos casos em que a norma interna se revelar incompatível com as normas convencionais (SAGÜÉS, 2014; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, 2015; LEAL; ALVES, 2017; ALIANAK, 2015). De outro lado, no entanto, há situações em que as normas jurídicas de Direito interno vão além das normas de Direito Internacional, estabelecendo deveres mais concretos aos Poderes Públicos e até mesmo fixando exigências mais complexas e avançadas quanto à realização dos direitos humanos e fundamentais. Em tais casos, não haverá incompatibilidade entre a norma doméstica e

a norma internacional, mas sim o dever de adotar a interpretação mais protetiva ao ser humano, conforme determina o princípio *pro persona*. Segundo esse critério hermenêutico, deve ser aplicada a norma mais favorável à pessoa humana, bem como ser realizada uma interpretação extensiva das normas que tutelam os direitos humanos e uma interpretação restritiva daquelas que restringem esses direitos (PINTO, 1997, p. 163).<sup>10</sup> Nessa linha, o ordenamento jurídico brasileiro é extremamente rico em relação à imposição de atribuições estatais referentes à proteção e à promoção do direito à educação, muitas vezes, ultrapassando os deveres já fixados pela ordem internacional.

Tais incumbências são previstas pelo art. 208 da Constituição Federal, e pelo art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Em conjunto, os mencionados dispositivos prescrevem que, para cumprir o seu dever com a educação (em sentido amplo), o Estado deve (BRASIL, 1988): (i) garantir a educação básica gratuita, inclusive para as pessoas que não a concluíram na idade própria, observando as necessidades e disponibilidades dos jovens e dos adultos a fim de possibilitar àqueles que forem trabalhadores o acesso e a permanência na escola; (ii) promover a progressiva universalização do Ensino Médio; (iii) assegurar o atendimento educacional especializado e gratuito para as pessoas com deficiência, em todos os níveis da educação básica; (iv) oferecer Educação Infantil em creches e pré-escolas, para as crianças com até cinco anos de idade; (v) ofertar ensino noturno regular; (vi) proporcionar condições instrumentais em todas as etapas da educação básica, disponibilizando ao educando programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde; e (vii) garantir padrões mínimos de qualidade de ensino, os quais devem ser definidos como a variedade e a quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao ensino.

Ainda, a fim de viabilizar o cumprimento desses deveres, a Constituição de 1988 fixa percentuais a serem empregados pelos entes federados na manutenção e no desenvolvimento do ensino, conforme impõe o art. 212 (BRASIL, 1988), segundo o qual anualmente a União deve aplicar ao menos 18% (dezoito por cento), e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, pelo menos 25% das receitas auferidas com impostos. Salienta-se que esses percentuais correspondem aos valores mínimos, e não máximos, que devem ser destinados à educação.

E além de prescrever os mencionados deveres ao Estado, a proteção do direito à educação é intensificada pelo § 1º, do art. 208, da CF (BRASIL, 1988, *online*), segundo o qual “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.” Tal previsão constitucional reconhece a justiciabilidade do direito à educação, isto é, possibilita que, na hipótese de eventual violação, o titular desse direito postule judicialmente determinada prestação em face do Estado.

Nesse momento, é necessário um esclarecimento em relação à terminologia utilizada nos tratados internacionais e no ordenamento brasileiro. A Constituição de 1988 utiliza a expressão “educação básica”, a qual é organizada em três etapas de ensino: Educação

Infantil, Educação Fundamental e Ensino Médio. Por outro lado, de acordo com os tratados internacionais, a educação é estruturada em dois níveis de ensino, quais sejam, a educação primária e a educação secundária. Em que pese não haver uma correspondência precisa entre tais terminologias, por uma questão didática, assume-se a tipologia utilizada em estudo da UNESCO, equiparando-se a educação secundária aos quatro últimos anos do Ensino Fundamental e ao Ensino Médio.<sup>11</sup>

Feita essa observação, é possível identificar o grande avanço que a Emenda Constitucional nº 59/2009 (BRASIL, 1988) proporcionou em relação à proteção do direito à educação. Anteriormente à promulgação da mencionada emenda, incumbia ao Estado somente assegurar gratuitamente a todos o Ensino Fundamental.<sup>12</sup> Todavia, ao determinar que toda a educação básica deve ser oferecida gratuitamente pelo Poder Público, o legislador constituinte concretizou as pretensões de acesso a todas as etapas de ensino como direitos subjetivos, expandindo a justiciabilidade do direito à educação. É dizer, torna-se agora indiscutível o fato de que a oferta do Ensino Médio deixa de ter um caráter programático, de ser um objetivo a ser perseguido progressivamente, para se tornar um direito plenamente exigível.

Sob essa perspectiva, a Constituição brasileira é mais avançada do que os tratados internacionais, vez que, nos sistemas global e regional, o ensino secundário ainda é previsto como um direito a ser implementado progressivamente. E comparando-a com outros países da América Latina, é mais protetiva, por exemplo, do que a Constituição da Colômbia, a qual prevê como obrigatórios somente o ensino primário e o primeiro ciclo da educação secundária, restringindo a gratuidade à educação primária.<sup>13</sup> Por outro lado, a Constituição brasileira não chega a ser tão protetiva quanto à Constituição do Equador, a qual determina no art. 28 que até mesmo o Ensino Superior será gratuito: “La educación pública será universal y laica en todos sus niveles, y gratuita hasta el tercer nivel de educación superior inclusive.” (EQUADOR, 2008, *online*).

Não obstante essas diferenças entre as Constituições nacionais, a partir da complementariedade entre os tratados internacionais globais e regionais e o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se que, para a concretização do direito à educação no Brasil, são impostos deveres ao Estado, os quais podem ser explicados a partir da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, já referida anteriormente. De acordo com Robert Alexy, um direito fundamental completo contempla inúmeras posições jurídicas distintas, sendo que cada uma dessas posições exerce simultaneamente as funções de defesa e de prestação, conferindo ao titular do referido direito a possibilidade de exigi-lo administrativa ou judicialmente em face do Poder Público, bem como originando diversos deveres ao Estado (ALEXY, 2014, p. 249).<sup>14</sup> Nesse raciocínio, o acesso à educação básica, o atendimento educacional especializado e gratuito para as pessoas com deficiência e o acesso ao ensino noturno são exemplos de posições jurídicas albergadas pelo direito à educação em sentido amplo, e cada uma desempenha simultaneamente as funções de defesa e de prestação.

A função de defesa cria um dever negativo, impedindo a prática de atos estatais que violem o bem jurídico protegido, enquanto a função prestacional determina que o Poder Público atue positivamente visando à promoção do direito fundamental, construindo “aquilo que ainda não existe na realidade social”. Para tanto, o Estado deve “fornecer as prestações materiais necessárias à promoção dos direitos, além de impedir a intervenção de particulares em direitos fundamentais de outros indivíduos e criar procedimentos que viabilizem o acesso àqueles direitos.” (FOLLONI; BONAT, 2015. p. 353). A multifuncionalidade do direito à educação demonstra a complexidade dos deveres jurídicos impostos ao Estado para a sua plena satisfação.

## 5 DESAFIOS DE IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

Constatada a imprescindibilidade da educação para o desenvolvimento de um projeto de vida, e identificados os deveres a serem cumpridos pelo Estado, percebe-se que, na realidade, a promoção do referido direito ainda é bastante deficitária no Brasil. Desse modo, com base em registros estatísticos, objetiva-se diagnosticar alguns desafios a serem enfrentados para a concretização do direito à educação no Estado brasileiro.

Em 2013, a Organização das Nações Unidas - ONU - publicou o Índice de Desenvolvimento Humano Municipal Brasileiro - IDHM - buscando mensurar o desenvolvimento em 5.565 Municípios brasileiros, com base em três indicadores: (a) longevidade; (b) educação; e (c) renda.

No tocante ao indexador da educação, o estudo considera dois parâmetros: a escolaridade da população adulta, medida pelo percentual das pessoas com mais de 18 anos que tenham concluído o Ensino Fundamental; e o fluxo escolar da população jovem, o qual busca acompanhar “a população em idade escolar em quatro momentos importantes da sua formação – entrada no sistema educacional, finalização do primeiro ciclo do Ensino Fundamental, e conclusão do Ensino Fundamental e do Ensino Médio.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 29-61). Além disso, o IDHM/Educação é classificado em cinco faixas: muito baixo, baixo, médio, alto e muito alto.

Verifica-se pelos resultados apresentados que, entre 2000 e 2010, houve uma elevação no IDHM/Educação, de modo que, de uma maneira geral, a educação no Brasil pode ser considerada como “média”. Nesse período, a escolaridade da população adulta aumentou de 0,398 para 0,549, passando da faixa muito baixo para baixo. Já o fluxo escolar da população jovem subiu da faixa muito baixo, em 2000, para a faixa média em 2010 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 60-61).

Contudo, verifica-se uma grande diferença quando comparado o IDHM/Educação nas diferentes regiões do país. A região Norte é composta por 449 Municípios e, desse total, 187 (ou 41,6%) apresentaram um índice muito baixo. A região Nordeste apresentou números

ainda mais baixos: dos 1794 Municípios, 789 estavam agrupados dentro da categoria mais baixa do IDHM/Educação, o que representa aproximadamente 44% dos Municípios dessa região. Por outro lado, as regiões Sul e Sudeste apresentaram poucos municípios enquadrados na faixa muito baixo – 2,7% e 5,6%, respectivamente (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013, p. 60-73).

Os dados acima demonstram que, apesar de melhoras na educação, as disparidades entre as regiões do país ainda são grandes, de sorte que o primeiro desafio consiste na redução das desigualdades regionais referentes à promoção do direito à educação.<sup>15</sup> A elaboração de políticas públicas de educação deve observar essas desigualdades e visar a reduzi-las, o que inclusive é determinado como um dos objetivos fundamentais a serem perseguidos pela República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º, III, da Constituição Federal.

Examinando os parâmetros utilizados para a elaboração do IDHM/Educação, é possível observar o segundo desafio a ser enfrentado para a efetivação do direito à educação, qual seja, a escolaridade da população adulta. Em 2010, apenas 54,9% das pessoas com 18 anos ou mais haviam concluído o Ensino Fundamental.

Um dos problemas é a pequena quantidade de recursos destinada à educação da população adulta. Se, por um lado, a educação das pessoas com mais de 18 anos gera grandes expectativas pessoais e para a sociedade, vez que permite o empoderamento dos indivíduos, a construção da cidadania, a geração de receitas e a redução da pobreza, por outro, ainda recebe pouca atenção e pequenos investimentos. Desse modo, se os governos e a comunidade internacional objetivam que a alfabetização e a educação dos adultos “tenham os impactos desejados sobre a vida das pessoas, das famílias e das comunidades, então, deve-se investir mais - não menos.” (TORRES, 2003, p. 14).

Outro obstáculo que deve necessariamente ser considerado na educação da população adulta diz respeito à flexibilização dos horários, pois a maioria dos adultos que frequenta a rede pública de ensino é composta por trabalhadores. Dessa forma, é necessário que o horário de início das aulas seja compatível com o horário de saída do trabalho, sob pena de se inviabilizar a permanência da população adulta nas escolas (ENS, 2012, p. 6). Igualmente, ao demonstrar que as crianças e jovens não avançam nos ciclos escolares nas idades corretas, o IDHM/Educação evidencia a necessidade de melhora no fluxo escolar. Isso significa que atualmente as pessoas não ingressam ou não finalizam cada etapa da educação básica na idade adequada (FERRARO, 2002, p. 44).

Uma das principais causas para o problema no fluxo escolar é a falta de acesso das crianças à educação infantil. Essa constatação foi comprovada em estudo denominado “Educação Brasileira: indicadores e desafios”, divulgado pelo Ministério da Educação. Em 2010, o número de crianças com idade entre 0 e 5 anos correspondia a 14.014.902, mas, desse total, apenas 6.980.052 estavam matriculadas na etapa da Educação Infantil. Essa falta de acesso à educação na etapa inicial acaba desencadeando a defasagem na relação

idade/etapa educacional posteriormente. Nesse sentido, em 2010, aproximadamente 22% das crianças e jovens matriculados em uma das três etapas da educação básica não estavam no nível correto para suas respectivas idades (BRASIL, 2013b, p. 20).

Problemas como a desigualdade entre as regiões, a baixa escolaridade da população adulta e o atraso no fluxo escolar ilustram que, apesar de o direito à educação encontrar-se juridicamente tutelado, sua concretização ainda encontra diversos obstáculos a serem superados no Brasil. A resolução desses desafios é complexa e deve orientar a elaboração das políticas públicas, a fim de que o direito à educação seja plenamente efetivado, nos termos exigidos pelas normativas internacionais e nacionais acima analisadas.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado brasileiro, em sua condição de Estado Democrático de Direito, deve atuar positivamente a fim de garantir as condições fáticas e jurídicas necessárias para que toda pessoa possa desenvolver um projeto de vida digna, assegurando ao indivíduo os pressupostos para que desenvolva livremente sua personalidade, escolha seus valores e objetivos, bem como participe das deliberações públicas e de ações econômicas, sociais e políticas.

Nesse sentido, é preciso reconhecer que o direito à criação e ao desenvolvimento de um projeto de vida, cujo fundamento repousa na garantia de autonomia ao indivíduo e de liberdade para estabelecer metas e eleger os caminhos de sua vida, demanda não apenas abstenções do Estado, mas também o oferecimento de prestações positivas, voltadas a prover aos indivíduos condições materiais para se viver dignamente. Sem a garantia do mínimo existencial, composto por parcelas de outros direitos sociais, tais como educação, saúde e moradia, a pessoa é incapaz de exercer plenamente os demais direitos e liberdades fundamentais assegurados pela Constituição.

Entre os elementos que integram o mínimo existencial, é essencial o papel desempenhado pela educação, por se tratar de um mecanismo que possibilita o desenvolvimento da personalidade e das capacidades cognitivas e comportamentais das pessoas. Além disso, a educação representa um meio para a realização dos outros direitos humanos, sendo imprescindível para o exercício da cidadania, para capacitar o indivíduo para o trabalho, para a participação das pessoas nas deliberações públicas e para a própria afirmação dos direitos humanos. Não bastasse tal importância, a educação contribui para a qualificação profissional, permitindo a mobilidade social das pessoas e fornecendo a elas a opção de continuarem com os estudos.

Em razão dessa relevância, verifica-se que o direito à educação é fortemente tutelado por tratados internacionais globais, regionais e pelo ordenamento jurídico brasileiro. Objetivando proteger e concretizar o referido direito, esses sistemas normativos se complementam e impõem diversos deveres ao Estado. Não obstante as atribuições estatais, na realidade brasileira, constata-se que a efetivação do direito à educação enfrenta desafios, tendo como exemplos a falta de acesso das crianças à educação infantil, as desigualdades regionais e a alfabetização e a



escolarização da população adulta. A fim de que o direito à educação efetivamente desempenhe seu papel, é imprescindível que esses obstáculos sejam enfrentados e orientem a elaboração de políticas públicas educacionais.

## THE RIGHT TO DEVELOP A LIFE PROJECT IN THE JURISPRUDENCE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND EDUCATION AS AN INDISPENSABLE ELEMENT

### ABSTRACT

The jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights has recognized the existence of the right to create and to develop a life project, according to which all individuals must have assured their autonomy to make choices about which paths they will follow in order to fulfill their existential goals. The imposition of obstacles to this freedom by the State, through actions that deprive the individual of freely developing his/her personality and generate serious damages to the pursuit of his/her life project, generates what the Court called “damages to the project of life”, which may give rise to the State’s duty to repair them. The proposal defended in the article is that, in addition to a defensive (or negative) dimension of prohibiting States from depriving the individuals of their freedoms by ruining their life project, the right in question has also a positive dimension: Public Powers are also obliged to provide material conditions so that each person can freely exercise the choices that he/she considers most suitable to the achievement of his/her existential objectives. Among these conditions, education stands out as an indispensable element so that the person can be fully autonomous and enjoy the capacity to make decisions about his/her life and to effectively act free. The study analyzes the legal protection of the right to education in the Global and Inter-American Human Rights Systems, as well as in the Brazilian legal system, concluding with a diagnosis of the challenges to the implementation of the right to education in Brazil.

**Keywords:** Human Rights. Life project. Human dignity. Education. Inter-American Court of Human Rights.

## EL DERECHO AL DESARROLLO DE UN PROYECTO DE VIDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LA EDUCACIÓN COMO ELEMENTO INDISPENSABLE

### RESUMEN

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció la existencia del derecho a la creación y al desarrollo de un proyecto de vida, segundo lo cual cada individuo debe tener asegurada su autonomía para realizar decisiones sobre cuales caminos irá seguir para realizarse existencialmente. La imposición de obstáculos a esa libertad por parte del

Estado, mediante acciones que priven el individuo de desarrollar libremente su personalidad y que generen graves perjuicios a la persecución de su proyecto de vida, ocasiona lo que la Corte llamó “daños al proyecto de vida”, pasibles de ocasionar el deber estatal de repararlos. La propuesta defendida en el artículo es la de que, además de una dimensión defensiva (o negativa), de prohibir los Estados de privar el individuo de sus libertades, arruinando su proyecto de vida, el derecho en cuestión posee una faceta prestacional (o positiva): incumbe también a los Poderes Públicos el fornecimiento de condiciones materiales para que cada persona pueda ejercer libremente las escojas que considera más aptas al alcance de sus objetivos existenciales. Entre esas condiciones, se destaca la educación como elemento indispensable para que el sujeto pueda ser plenamente autónomo y gozar de la capacidad de tomar decisiones al respecto de su vida y actuar de forma efetivamente libre. El estudio analiza la protección jurídica del derecho a la educación en los sistemas global e interamericano de derechos humanos, así como en el ordenamiento jurídico brasileño, concluyendo con un diagnóstico de los desafíos a la implementación del derecho a la educación en Brasil.

**Palabras-clave:** Derechos Humanos. Proyecto de vida. Dignidad de la persona humana. Educación. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- 
- 1 Artigo resultante do Projeto de Pesquisa financiado pelo CNPq (Chamada n. 01/2016 – Universal), intitulado “Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Administração Pública brasileira: uma análise de casos concretos” (Processo 428398/2016-2), e desenvolvido no marco do NUPED – Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano do PPGD-PUCPR.
  - 2 Semelhante é o posicionamento de Emilio Garcia Méndez, para quem os direitos humanos nasceram “como resposta política, contingente e concreta a um acontecimento monstruoso, impensável *a priori*, tal como o Holocausto, seu desenvolvimento teórico esteve marcado por um extraordinário consenso universal baseado no repúdio mundial ao plano insano de aniquilação em massa de um povo.” (GARCÍA MÉNDEZ, 2004. p. 7).
  - 3 Além desse estudo, ver do mesmo autor: Fernández Sessarego (1998); Fernández Sessarego (2003); Fernández Sessarego (2004); Fernández Sessarego (2012-2013).
  - 4 Para uma perspectiva crítica sobre os limites da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à condenação dos Estados por violação de direitos humanos, ver: Leal (2014), e Martínez (2014).
  - 5 Acerca das características do modelo de Estado Social: (MORAIS; BRUM, 2016; MUÑOZ, 2015a, 2015b; BITENCOURT NETO, 2017a).
  - 6 Acerca da distinção entre a expressão “direitos fundamentais” como direitos protegidos por uma determinada Constituição e a locução “direitos humanos” como direitos previstos em tratados internacionais, conferir: Sarlet (2012. p. 30-35).
  - 7 Sobre o tema, ver: Hachem (2013), Sarlet e Zockun (2016).
  - 8 Entre outros, ver: Krell (2002. p. 63), Bitencourt Neto (2010. p. 121-122), Abramovich e Courtis (2004. p. 89-90) e Barcellos (2011, p. 300-303).
  - 9 O acesso à educação como pressuposto para proteção e exercício dos outros direitos humanos é sustentado por Sérgio Haddad: “Outro aspecto importante e que fundamenta a educação escolar como um direito humano diz respeito ao fato de que o acesso à educação é, em si, base para a realização dos outros direitos. Isso quer dizer que o sujeito que passa por processos educativos, particularmente pelo sistema escolar, é normalmente um cidadão que tem melhores condições de realizar e defender outros direitos humanos (saúde, habitação, meio ambiente, participação política etc.)”. (HADDAD, 2006, p. 3). Conferir, ainda: Candau (2012, p. 721).
  - 10 Acerca do reconhecimento do princípio *pro persona* como parâmetro interpretativo dos direitos humanos, conferir também: Urquiaga (2013).

- 11 A explicação é apresentada da seguinte forma: “educação primária e educação secundária correspondem, respectivamente, aos termos em inglês *primary education* e *secondary education* e não guardam correspondência direta com o Ensino Fundamental e o Ensino Médio brasileiro. Os termos aplicam-se a sistemas educacionais que tendem a se organizar, em linhas gerais, em um ciclo de educação primária, seguindo por um primeiro ciclo de educação secundária (ou ‘educação secundária inferior’, conforme termo original *lower secondary education*) e um segundo ciclo de educação secundária (ou ‘educação secundária superior’, da expressão *upper secondary education*). Para uma compreensão aproximada, mesmo que imprecisa, poder-se-ia equiparar o segundo ciclo do Ensino Fundamental brasileiro (de quinta a oitava séries) ao primeiro ciclo de educação secundária, conforme entendido neste documento. Similarmente, o Ensino Médio brasileiro corresponderia, de maneira aproximada, ao segundo ciclo da educação secundária”. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA, 2008, p. 11).
- 12 A redação original do art. 208, I prescrevia que o Estado tinha o dever de garantir o “ensino fundamental, obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria.” E, antes da EC nº 59/2009, o referido inciso havia sido alterado pela EC nº 14/1996 e tinha a seguinte redação: “I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria.”
- 13 O artigo 67 da Constituição da Colômbia prevê que “la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica”. Em relação à gratuidade, apesar de a Constituição não ser expressa, há decisões do Tribunal Constitucional no sentido de que a educação primária deve ser gratuita, enquanto a educação secundária deve ser implementada progressivamente. Nesse sentido, cita-se a: Colombia (2010).
- 14 Nesse sentido, conferir também: Hachem (2014, p. 130-132).
- 15 Não se pode ignorar, ademais, as raízes históricas dos obstáculos impostos à universalização do acesso à educação no Brasil. Sobre o tema, ver: Arruda e Gonçalves (2015).

## REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ALVARÁN LÓPEZ, Sandra Milena et al. Daños y transformaciones en el proyecto de vida de mujeres desplazadas en Colombia. **Fòrum de Recerca**, Castelló de la Plana, n. 16, p. 681-698, 2011.

ARRUDA, Gerardo Clésio Maia; GONÇALVES, Flávio José Moreira. Paideia dos degradados: raízes dos condicionamentos inibidores da universalização do direito à educação no Brasil. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 13, n. 17, p. 203-231, jan./dez. 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Ricardo Paes de; FOGUEL, Miguel Nathan; ULYSSEA, Gabriel (Org.). **Desigualdade de renda no Brasil: uma análise da queda recente**. Brasília: IPEA, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BECERRA BECERRA, Zoraida Lucía. Algunas consideraciones en torno al modelo de reparaciones en el sistema interamericano de derechos humanos. **Dereito: Revista Xuridica da Universidade de Santiago de Compostela**, Santiago de Compostela, v. 23, n. 2, p. 57-77, 2014.

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014.

BISSOLI, Michelle de Freitas. **Educação e desenvolvimento da personalidade da criança: contribuições da teoria histórico-cultural**. Marília, 2005. 282 f. Tese (Doutorado em Educação) - Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, 2005.

BITENCOURT NETO, Eurico. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017a.

\_\_\_\_\_. Estado social e administração pública de garantia. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 1, p. 289-302, jan./abr. 2017b.

\_\_\_\_\_. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BORDOLI ETCHAMENDI, Carlos Rubens. Daño al proyecto de vida. Su reconocimiento como categoría autónoma por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una postura en pro de su procedencia en el Derecho Civil uruguayo. **Revista Jurídica Regional Norte**, Uruguay, n. 2, p. 9-22, 2006.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira**. Rio de Janeiro: [s.n.], 2013a. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv66777.pdf>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria Executiva. **Educação brasileira: indicadores e desafios - documento de consulta**. Brasília: Ministério da Educação, 2013b.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da Repúbli-**

ca, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

CALDERÓN GAMBOA, Jorge Francisco. La reparación del daño al proyecto de vida en casos de tortura. In: AAVV. **Memorias del Seminario los Instrumentos Nacionales e Internacionales para Prevenir, Investigar y Sancionar la Tortura**. México: Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México-Comisión Europea /Secretaría de Relaciones Exteriores, 2005.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educação e sociedade**, Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, jul./set. 2012.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **SUR - Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 36-63, 2005.

COLOMBIA. Corte Constitucional. **Sentencia C-376 de 2010**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-376-10.htm>>. Acesso em: 5 jan. 2016.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de San Salvador**. 1988. Disponível em: <[http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo\\_de\\_san\\_salvador.htm](http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala**. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999a, Ser. C, n. 63. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_63\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.doc)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) versus Guatemala**. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999b, Ser. C, n. 63. Voto: Jueces Cañado Trindade y Abreu Burelli. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_cancadoabreu\\_63\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_63_esp.doc)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones y Costas)**. Sentencia de 27 de noviembre de 1998a, Ser. C, n. 42. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_42\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.doc)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones y Costas)**. Sentencia de 27 de noviembre de 1998b, Ser. C, n. 42. Voto: Jueces Cañado Trindade y Abreu Burelli. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_cancadoabreu\\_42\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_cancadoabreu_42_esp.doc)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones y Costas)**. Sentencia de 27 de noviembre de 1998c, Ser. C, n. 42. Voto: Juez Oliver Jackman. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc\\_jackman\\_42\\_esp.doc](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_jackman_42_esp.doc)>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Opinión Consultiva OC-17/2002**, 28 de agosto de 2002.

\_\_\_\_\_. **Opinión Consultiva OC-5/1985**, 13 de noviembre de 1985.

ENS, Romilda Teodora; RIBAS, Marciele Stiegler. Políticas educacionais e permanência na educação de jovens e adultos. In: SEMINÁRIO DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO DA REGIÃO SUL, 9., 2012, Caxias do Sul. **Anais eletrônicos...** Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2012. Disponível em: <[http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Psicologia\\_da\\_Educacao/Trabalho/06\\_40\\_31\\_1685-7353-1-PB.pdf](http://www.portalanpedsul.com.br/admin/uploads/2012/Psicologia_da_Educacao/Trabalho/06_40_31_1685-7353-1-PB.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. 2008. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Apuntes para una distinción entre el daño al “proyecto de vida” y el daño “psíquico”. **Themis: Revista de Derecho**, Lima, n. 32, p. 161-164, 1995.

\_\_\_\_\_. Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica. **Anuario de la Facultad de Derecho**, Cáceres, n. 30, p. 551-579, 2012-2013.

\_\_\_\_\_. Daño al proyecto de vida. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 50, p. 47-97, 1996.

\_\_\_\_\_. El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima, n. 56, p. 659-700, 2003.

\_\_\_\_\_. El daño al “proyecto de vida” en una reciente sentencia de la corte Interamericana de Derechos Humanos. **Themis: Revista de Derecho**, Lima, n. 39, p. 453-464, 1998.

\_\_\_\_\_. Recientes decisiones de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos: la reparación del “daño al proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario de Derecho Europeo**, Sevilla, n. 4, p. 99-124, 2004.

FERRARO, Alceu Ravanello. Analfabetismo e níveis de letramento no Brasil: o que dizem os censos? **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 23, n. 81, p.21-47, dez. 2002.

FOLLONI, André; BONAT, Alan Luiz. Incentivos fiscais e suas condições de validade: igualdade e proporcionalidade. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 341-363, out. 2015.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a Sociedade Civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

\_\_\_\_\_. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017.

GALDÁMEZ ZELADA, Liliana. Protección de la víctima, cuatro criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: interpretación evolutiva del concepto de víctima, daño al proyecto de vida y reparaciones. **Revista Chilena de Derecho**, Santiago, v. 34, n. 3, p. 439-455, 2007.

GARCÍA MÉNDEZ, Emilio. Origem, sentido e futuro dos direitos humanos: reflexões para uma nova agenda. **Sur - Revista internacional de direitos humanos**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 6-19, 2004.

GASPAR, Alberto. A educação formal e a educação informal em ciências. In: MASSARANI, Luisa; MOREIRA, Ildeu de Castro; BRITO, Fátima Brito (Org.). **Ciência e público: caminhos da divulgação científica no Brasil**. Rio de Janeiro: Casa da Ciência - Centro Cultural de Ciência e Tecnologia/UFRJ, 2002.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; LOPES, Mariane Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul./dez. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A utilização do mínimo existencial como critério de exigibilidade judicial dos direitos fundamentais econômicos e sociais: reflexões críticas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, n. 40, p. 90-141, ago./out. 2013.

\_\_\_\_\_. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão: repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 14, n. 55, p. 123-158, jan./mar. 2014a.

\_\_\_\_\_. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária**. 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

\_\_\_\_\_.; BONAT, Alan. O ensino médio como parcela do direito ao mínimo existencial. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 18, p. 144-176, jan./jun. 2016.

HADDAD, Sérgio. Apresentação: o direito humano à educação escolar. In: HADDAD, Sérgio; GRACIANO, Mariângela (Org.). **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: Autores Associados, 2006.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Victor Rafael. El control de convencionalidad como expresión del control de constitucionalidad: originalidad y desaciertos. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 3, p. 137-168, set./dez. 2015.

HERRÁN, Carlos; NEUBAUER, Rose (Coord.). **Melhores práticas em escolas de ensino médio no Brasil**. Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

\_\_\_\_\_.; ALVES, Felipe Dalenogare. O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão de obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 109-128, jan./abr. 2017.

MARTÍNEZ, Augusto Durán. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

\_\_\_\_\_. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

MORAIS, José Luis Bolzan de; BRUM, Guilherme Valle. Estado Social, legitimidade democrática e o controle de políticas públicas pelo Supremo Tribunal Federal. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 16, n. 63, p. 107-136, jan./mar. 2016.

MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana, Jaime. Dimensiones del Estado Social y derechos fundamentales sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 31-62, maio/ago. 2015c.

\_\_\_\_\_. El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social). **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 15, n. 60, p. 13-37, abr./jun. 2015b.

\_\_\_\_\_. La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales sociales. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, v. 2, n. 1, p. 155-183, enero/jun. 2015a.

NEUBAUER, Rose et al. Ensino médio no Brasil: uma análise de melhores práticas e de políticas públicas. **Revista brasileira de estudos pedagógicos**, Brasília, v. 92, n. 230, p. 11-33, abr./jan. 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **O índice de desenvolvimento humano municipal brasileiro**. Brasília: PNDU, 2013.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2016.



\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. 1966. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. 1989. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA - UNESCO. **Reforma da educação secundária: rumo à convergência entre a aquisição de conhecimento e o desenvolvimento de habilidade**. Brasília: UNESCO, 2008.

PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Critérios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: ABREGÚ, Martín; COURTIS, Christian. **La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. **Cadernos de Pesquisa**, São Paulo, v. 35, n. 124, p. 43-55, jan./abr. 2005.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 2, p. 79-100, jan./dez. 2004.

\_\_\_\_\_. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, São Leopoldo, v. 6, n. 2, p. 142-154, jul./set. 2014.

SAGÜÉS, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

SANTOS, Rafael Seixas; VARELLA Marcelo Dias. Uma análise conceitual da dignidade como fundamento dos direitos humanos e sua invocação em decisões do STF e da CIDH. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 14, n. 19, p. 171-194, jul./dez. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_.; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016.

SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Rosa María. **Aprendizaje a lo largo de toda la vida**: un nuevo momento y una nueva oportunidad para el aprendizaje y la educación básica de las personas adultas (AEBA) en el Sur. Estocolmo: ASDI - Asociación Sueca para el Desarrollo Internacional, 2003.

UNITED NATIONS. **General Assembly**: convention on the Rights of Child. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

URQUIAGA, Ximena Medellín. **Principio pro persona**. Ciudad de México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2013.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Judicial adjudication in housing rights in Brazil and Colombia: a comparative perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 67-102, maio/ago. 2014.

Submetido: 1 out. 2017

Aprovado: 13 out. 2017

# DA LEGITIMIDADE DAS SÚMULAS VINCULANTES

Gustavo Callefi Hirata\*

Silvio Alexandre Fazolli\*\*

1 Introdução. 2 Dos motivos da instituição das súmulas vinculantes. 3 Das críticas às súmulas vinculantes. 3.1 Do princípio da separação dos poderes. 3.1.1 Da “natureza legislativa” das súmulas vinculantes. 3.1.2 Da inacumulabilidade das funções jurisdicional e legislativa no Estado de Direito. 3.2 Da uniformidade jurisprudencial pretendida. 3.3 Do princípio da independência judicial. 4 Da legitimidade (possível) das súmulas vinculantes. 4.1 Da não coincidência entre índole política (*stricto sensu*) e função legislativa. 4.2 Da hermenêutica (necessária) dos verbetes sumulares. 4.3 Do controle de constitucionalidade dos enunciados sumulares. 5 Considerações finais. Referências.

## RESUMO

Este artigo trata da compatibilidade do instituto das súmulas vinculantes com os princípios da separação dos poderes e da independência judicial, bem como analisa a forma como sua metodologia de aplicação impacta os postulados de igualdade material e de justiça. O debate em torno da legitimidade desse instituto é necessário, tendo em vista o caráter marcadamente pragmático que orientou sua criação por meio da Emenda Constitucional n.º 45/2004. Com a constatação inicial da “natureza legislativa” das súmulas vinculantes, abordam-se os impasses que seus propósitos originais geram no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista os princípios e os postulados antes informados. No entanto, esta pesquisa se propõe a analisar as possíveis soluções aos problemas apontados. Assim, a hipótese aqui defendida é de que as súmulas vinculantes podem, sim, se revelar legítimas, ainda que, para tanto, alguns de seus termos iniciais tenham de ser revistos, e outros grandes debates tenham de ser enfrentados.

**Palavras-chave:** Súmula Vinculante. Legitimidade. Ordenamento jurídico brasileiro.

## 1 INTRODUÇÃO

O instituto das súmulas vinculantes encontrou ampla aceitação na comunidade jurídica brasileira, muito porque ele foi um dos instrumentos aclamados como solução à “crise do Judiciário”, que, embora tenha outras nuances, ressalta no volume de processos que demoram

\* Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Aluno Especial da disciplina ‘A Empresa Contemporânea e o Regime Jurídico Brasileiro’ do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina - UEL. E-mail: <gchirata@gmail.com>.

\*\* Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR. Mestre em Tutela dos Direitos Supra-Individuais pela Universidade Estadual de Maringá - UEM. Professor da Universidade Estadual de Maringá-UEM (professor efetivo) e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (professor adjunto). E-mail: <fazolli@gmail.com>.

longos anos no Judiciário até receberem uma decisão definitiva. Por isso, frente ao caráter pragmático que marcou a instituição das súmulas de jurisprudência com efeito vinculante, é imperativa a análise de sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Legitimidade não se confunde apenas com legalidade ou constitucionalidade. Na verdade, estas são redutíveis àquela, já que legitimidade implica uma análise da compatibilidade de um ente para além do plano legal ou constitucional – ou seja, para além dos textos normativos – a fim de se averiguar sua harmonia com o todo jurídico.

No caso, as súmulas vinculantes serão confrontadas com princípios e valores que informam a ordem jurídica brasileira, especialmente, o republicanismo e o Estado de Direito, cujos pressupostos não se encontram todos explícitos no texto constitucional – há, então, o motivo de uma análise de legitimidade, já que a constitucionalidade (ao menos formal) desse instituto não se põe em dúvida.

Com esse escopo, será abordado neste trabalho: primeiro, os motivos que levaram à instituição das súmulas vinculantes; em seguida, os óbices que elas causam a algumas das ideias-base do ordenamento jurídico brasileiro; e, por fim, os caminhos que permitem a superação da falta de legitimidade do instituto, ainda que isso implique sua “desnaturação” para seus termos originais.

## 2 DOS MOTIVOS DA INSTITUIÇÃO DAS SÚMULAS VINCULANTES

No Brasil, muito se fala em “crise do Judiciário (da Justiça)”, ou apenas em “crise de legitimidade” do Judiciário, cuja principal causa – segundo dizem – é o grande volume de processos nos Fóruns e Tribunais do país (TOFFOLI, 2013, p. 41-55).

Com base, sobretudo, nesse diagnóstico, foi aprovada a Emenda Constitucional n.º 45, de 2004, conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”. Ela, além de acrescer o direito fundamental à razoável duração do processo, encartou algumas medidas tendentes a promover a tão sonhada celeridade processual, dentre as quais se encontram as súmulas vinculantes.

Ocorre que, no mote principal das súmulas vinculantes – qual seja, a aceleração da solução definitiva dos conflitos judiciais –, estava o fim precípua do instituto: desafogar os Tribunais de cúpula, mais precisamente, o Supremo Tribunal Federal (embora aqui não se negue que existe certa relação entre tais propósitos quando se colocam em pauta os processos que chegam aos Tribunais Superiores e lá aguardam, até mesmo anos, para serem analisados).

Nesse sentir, a doutrina também aponta que a própria estrutura do art. 103-A da CF denuncia esse fim primeiro das súmulas vinculantes. Nas palavras de Osmar Côrtes, “A simples leitura do § 1.º deixa clara a natural intenção de evitar o acúmulo de processos, muitas vezes desnecessários, em trâmite perante o STF.” (CÔRTEZ, 2008, p. 192). No mesmo sentido, Alexandre Sormani e Nelson Santander reiteram que o propósito “confesso” do instituto “[...] é a diminuição do volume de processos que tramitam pelos órgãos judiciários

de cúpula [...]” (SORMANI; SANTANDER, 2009, p. 155); propósito esse que, aliás, foi explicitamente admitido pelo idealizador da “Súmula da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, o ex-Ministro Victor Nunes Leal, à época em que ainda só se editavam súmulas “simples” (persuasivas) (LEAL, 1981, p. 15).

Além do alegado propósito de celeridade processual (*rectius*, desafogamento dos Tribunais Superiores), também foram levantadas as bandeiras da segurança jurídica e da isonomia entre as partes em prol do instituto em mesa, sob o argumento de que é inaceitável que sejam proferidas decisões díspares para casos idênticos.

Nesse sentido, Victor Nunes Leal já anunciava, em 1964, os benefícios da “Súmula” para se evitar a “lotérica judiciária” existente à época, sobretudo por causa de maiorias ocasionais nos Tribunais. De acordo com ele:

Do mesmo modo, razões práticas, inspiradas no princípio da igualdade, aconselham que a jurisprudência tenha relativa estabilidade. Os pleitos iguais, dentre de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes. A opinião leiga não compreende a contrariedade dos julgados, nem o comércio jurídico a tolera, pelo seu natural anseio de segurança (LEAL, 1964, p. 455).

Outrossim, Osmar Côrtes aponta a necessidade de se assegurar a previsibilidade das decisões (ou seja, a segurança jurídica) para se viabilizar a organização social e a convivência pacífica em seu seio (CÔRTEES, 2008), ao passo que Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta o aspecto econômico que a segurança jurídica ostenta quando se trata de investimentos internacionais, tendo em vista que os investidores também buscam a estabilidade da jurisprudência para o desenvolvimento de seus negócios. Por isso, para ele, a certeza das decisões teria deixado de ser mero “capricho interno” para se tornar imperativo nesta fase do capitalismo globalizado (MANCUSO, 2013, p. 40).

Diante de tais argumentos, houve grande adesão dos juristas nacionais às promessas das súmulas vinculantes. Contudo, também houve grande oposição a esse instituto, cujas razões, embora rejeitadas, principalmente por razões práticas, merecem ainda hoje a devida consideração, especialmente porque se observa no Brasil uma “subserviência” ao entendimento dos Tribunais Superiores, sobretudo, às súmulas de jurisprudência.

### 3 DAS CRÍTICAS ÀS SÚMULAS VINCULANTES

Apesar da observância quase cega às súmulas dos Tribunais Superiores, a crítica às súmulas vinculantes também se faz necessária, haja vista os grandes poderes que elas conferem ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, reclama tal postura o fato de os assentos portugueses – instituto muito próximo às súmulas em debate<sup>1</sup> – terem sido declarados inconstitucionais em Portugal – mais precisamente, o artigo 2º do Código Civil português, de 1966, na parte em que atribuía “força obrigatória geral” aos assentos, foi declarado inválido em face da Constituição da República Portuguesa de 1976.

Neste artigo, a análise da legitimidade das súmulas vinculantes cingir-se-á à discussão dos problemas suscitados frente ao princípio da separação dos poderes, à unidade do Direito (uniformidade jurisprudencial) pretendida e ao princípio da independência judicial – os quais se entendem de maior relevo para a aferição da legitimidade do instituto –, não se olvidando que existem outros aspectos que exigem reflexão, os quais, no entanto, não serão objeto deste estudo em razão de seu corte temático.

### 3.1 DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Como indicado, há forte proximidade entre os assentos portugueses e as súmulas vinculantes, sobretudo porque se aponta como principal característica em comum a natureza de “prescrição legislativa” de ambos. Por óbvio, a atribuição de natureza de lei a tais institutos – que eram/são emitidos por Tribunais – suscita de pronto um impasse com o “princípio da separação dos poderes”, consagrado no art. 2º e tornado cláusula pétrea no art. 60, § 4º, inciso III, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil.

Porém, antes de se abordar propriamente a existência (ou não) de ofensa ao princípio em debate, cumpre explicitar os motivos que levam à conclusão da “natureza legislativa” das súmulas vinculantes.

#### 3.1.1 Da “Natureza Legislativa” das Súmulas Vinculantes

A constatação da natureza jurídica (qualificação dogmático-jurídica) das súmulas vinculantes exige a própria análise de seu estatuto jurídico, o qual, analiticamente, compreende sua estrutura jurídica, sua intencionalidade e sua eficácia normativa.

Quanto à estrutura jurídica, as súmulas vinculantes se revelam como prescrições normativas. Ora, uma prescrição é um imperativo, um comando imposto por uma autoridade investida de poder para tanto. No caso, as súmulas com efeito vinculante tratam efetivamente disso, na medida em que são editadas por uma autoridade com competência constitucionalmente deferida, o Supremo Tribunal Federal, e revestidas de obrigatoriedade (ou “efeito vinculante”).

Por sua vez, norma jurídica pode ser entendida como uma proposição cujo enunciado é abstratamente formulado para fins de uma aplicação genérica. Com efeito, as súmulas vinculantes se materializam em enunciados abstratos – vale dizer que elas se revelam por meio de proposições que se autonomizam, formal e normativamente, dos acórdãos que ensejaram sua edição –, para servirem como critério normativo a qualquer caso jurídico futuro que verse sobre a mesma matéria; então, extrai-se justamente a generalidade de sua aplicação (NEVES, 2014).<sup>2</sup>

Constatado isso, não se mostra correta a alegação de que as súmulas vinculantes mantenham o *status* jurisprudencial dos acórdãos que as embasaram, tendo em vista que a normatividade dos enunciados sumulares se desvincula da carga normativa das “reiteradas decisões” que autorizaram sua edição. Em outros termos, uma súmula vinculante não é

aplicada porque os casos que a ensejaram são impositivos sobre as partes das respectivas causas julgadas (os efeitos da coisa julgada se encerram ali, nesses mesmos processos), mas sim porque ela própria é obrigatória (ABBOUD, 2008).

Em torno da teleologia, as súmulas vinculantes também ostentam a finalidade própria da legalidade, qual seja, a garantia da segurança e da igualdade jurídicas (NEVES, 2014). Como visto, as súmulas vinculantes se destinam justamente a salvaguardar tais valores jurídicos, tanto que eles foram amplamente utilizados como argumento para a aprovação do instituto na EC n° 45/04.

No tocante à eficácia jurídica, ressalta a pretensão de vinculação universal do instituto, até porque seria ilógico intencionar abstração e generalidade, com o fito de preservar a segurança e a igualdade jurídicas, sem que todos fossem obrigados ao cumprimento dos enunciados sumulares. Em suma, seria inócuo esse instituto – vale dizer que ele não cumpriria sua finalidade – caso fosse desprovido de força universalmente vinculante.

Por isso, decorre desse estatuto jurídico o próprio reconhecimento das súmulas vinculantes como fontes formais do direito,<sup>3</sup> na medida que a força vinculante das súmulas em estudo não provém da lei a que se referam, mas sim de si próprias, como enunciados formais e autonomamente vinculantes.

Ademais, a previsão do art. 5° da Lei n° 11.417/06<sup>4</sup> não infirma a autônoma obrigatoriedade das súmulas vinculantes, a exemplo do que ocorre com as leis interpretativas. Estas, embora se referam a outra lei, preservam sua autonomia em relação à lei interpretada – ou seja, não é o fato de seu teor ser integralmente remetido a outro diploma legal que retira da lei interpretativa força obrigatória própria.

Diante do exposto, não é temerário afirmar que as súmulas vinculantes ostentam natureza de “disposição legislativa”<sup>5</sup>, até porque elas se mostram compatíveis com o próprio conceito de “lei”, a que se pode atribuir um sentido formal e outro material.

No sentido formal, a noção de lei é atrelada ao órgão responsável por sua edição, o qual, porém, não precisa ser o titular da função legislativa, mas sim qualquer órgão que detenha competência constitucional para tanto.<sup>6</sup> Enquanto isso, no sentido material, a lei é qualificada como a norma jurídica que possui direta e universal incidência no ordenamento jurídico (NEVES, 2014).

Isso posto, a constatação da “natureza legislativa” das súmulas vinculantes se mantém ao menos no sentido material (pois, de fato, tais súmulas atingem direta e universalmente seus destinatários, ainda que se insista na nota político-constitucional para se conceituar “lei”, ou seja, ainda que se afirme que lei é apenas a norma editada pelo Poder Legislativo).<sup>7</sup>

### 3.1.2 Da Inacumulabilidade das Funções Jurisdicional e Legislativa no Estado de Direito

Constatada a natureza de “disposições legislativas”, resta, então, averiguar se as súmulas vinculantes ofendem o princípio da separação dos poderes. Para responder a

essa pergunta, será imprescindível saber antes se a função legislativa é exclusiva do Poder Legislativo e, caso não, se essa função pode ser cometida ao Poder Judiciário, tendo em vista certa concepção do Estado de Direito – na qual a Judicatura é vista como órgão de limitação dos Poderes políticos.

De início, importa anotar que a “função legislativa” não se confunde com o “Poder Legislativo”. Enquanto este é tratado no plano jurídico-constitucional em termos do órgão legitimado para representar, de forma especial, o “povo soberano” – traduzindo, portanto, um conceito com notável carga política –, aquela apenas expressa uma forma de prescrição normativa – revelando-se, portanto, um conceito dogmático e neutro (NEVES, 2014, p. 399-400).

Além disso, a própria Constituição da República Federativa do Brasil, desde sua promulgação, sempre atribuiu funções legislativas a autoridades não pertencentes ao Poder Legislativo, sendo emblemáticas, nesse sentido, as medidas provisórias (art. 62 da CF), cuja edição é atribuída ao chefe do Poder Executivo, bem como os regimentos internos dos tribunais pátrios, os quais são editados pelas respectivas cortes (art. 96, I, “a”, da CF) (SORMANI; SANTANDER, 2009).

Por isso, não se confundem Poder Legislativo e função legislativa, sendo que aquele não pode ser conceituado meramente com base nesta. Segundo Castanheira Neves, o Poder Legislativo é antes distinguido por sua qualificação política, e, caso seu conceito se limitasse à função legislativa, seria conferida uma neutralidade inexistente a esse Poder, cujo tom político – vale dizer, a busca pela conformação político-social por meio da legislação – é sua característica definidora (NEVES, 2014). Demonstrado que esses conceitos não se confundem, resta saber se a função legislativa é compatível com a atividade jurisdicional.

O princípio da separação dos poderes deixou de ter o valor absoluto e o sentido político que possuía no Estado liberal (SORMANI; SANTANDER, 2009), para se revestir de um sentido de estruturação estatal, o qual se revela por meio da distribuição dos poderes de governo a certos titulares, entre os quais, embora ainda exista certa distinção, deve antes predominar “uma convergência integrante numa coordenação e repartição complementar de funções.” (NEVES, 2014, p. 403-404).

Além do sentido estrutural, o princípio em tela também pretende a limitação do poder (o “checks and balances”)<sup>8</sup>. Para tanto, o impedimento de que todos os Poderes assumam funções legislativas se torna imperativo, pois, caso contrário, ocorreria uma total e indiscriminada politização que tornaria inócuos os limites jurídicos que são essenciais ao Estado de Direito.

Com isso em vista, o juízo jurídico não deveria encontrar seu critério nos “efeitos” da decisão judicial, mas sim nos “fundamentos” de validade normativa; validade essa que deve pautar-se na intencionalidade axiológica de uma comunidade – ou seja, na sua ordem jurídica – e não na eleição “partidária” de um ou de alguns desses valores comunitários. Ora, quando se volta ao fundamento, há a submissão do juízo a um “absoluto” – ou seja, aos limites e à própria intencionalidade do Direito –, ao passo que, ao se pautar nos efeitos, a decisão se conduz por um “relativo”, expresso em termos de conveniência e oportunidade (NEVES, 2014, p. 443-445).



Ora, o Direito deve ser uma ordem axiológico-material (e não finalística) da comunidade soberana, cujos valores mínimos sejam reconhecidos na dignidade humana e nos direitos fundamentais. Não se olvida que concorrem com essa intencionalidade axiológica (de validade) outras intenções específicas das demais ordens do sistema político, como as intenções ideológicas e partidárias recorrentemente encontradas na legislação, a qual é rotineiramente utilizada como critério normativo. No entanto, estas não devem preferir àquela, quando da solução do caso concreto, sob o risco de se perder o Direito como limite ao poder (NEVES, 2014).

Com a prevalência da intencionalidade ao Direito no juízo jurídico, a função jurisdicional acaba por superar as próprias intencionalidades parciais (políticas) das leis, ao submetê-las ao crivo de validade, que se fundamenta no todo axiológico comunitário. E, por afirmar os valores e os princípios universais da intenção comunitária, a função jurisdicional revela-se política, mas não no sentido que é próprio ao Legislativo.<sup>9</sup>

Diante do exposto, é possível concluir que, ao adentrar no jogo político dos demais Poderes, o Judiciário fragiliza sua condição de contrapoder – ou seja, o Direito não consegue mais ser limite ao político, o que implica a própria falência da concepção de um Estado de Direito que almeja a integração e harmonia da sociedade atual (eminentemente plural) por meio da ordem jurídica.

### 3.2 DA UNIFORMIDADE JURISPRUDENCIAL PRETENDIDA

A uniformidade jurisprudencial é um dos escopos primordiais das súmulas vinculantes, já que é por meio dela que se prometeram a igualdade e a segurança jurídicas, bem como a entrega mais célere da prestação jurisdicional definitiva.

Contudo, a uniformidade aqui debatida remonta àquela antiga pretensão de tornar a lei (no caso, a súmula vinculante) premissa da qual se extraíam logicamente as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos; pretensão essa que, no entanto, encontra óbices na própria forma problemática de ser do Direito, pois revelam-se verdadeiros construtores do Direito em razão da problematicidade que lhe é ínsita (NEVES, 2014, p. 624-625).

O racionalismo – que impregna essa lógica positivista-legalista – impulsiona à consideração de que existem critérios unívocos de normatividade para casos idênticos, cujos fatos relevantes, subsumidos a uma mesma norma jurídica, implicariam sempre uma mesma solução normativa, independentemente das nuances particulares desses casos (cuja identidade, por certo, não é absoluta).

Nesse sentido, as súmulas vinculantes intencionam acabar com as interpretações divergentes sobre determinada norma jurídica; divergência essa que não decorreria da consideração das particularidades dos casos concretos, mas sim da apreensão díspar sobre o sentido abstrato e predefinido da norma (MACHADO, 2005). Por isso, acreditava-se que tais súmulas poderiam fixar a única interpretação aceitável dos dispositivos legais – ou seja, uma interpretação que fosse mais consentânea com a vontade da lei ou do legislador –, para, assim, restarem asseguradas a igualdade e a segurança jurídicas.

Com isso, a unidade pretendida pelas súmulas vinculantes se revela formal, abstrata e pressuposta – vale dizer que o sistema jurídico é encarado como completo e fechado, de modo que todas as soluções jurídicas podem ser extraídas dele lógico-dedutivamente –, sendo que dessa concepção (de unidade formal-abstrata) decorre a crença na própria possibilidade de se determinar *a priori* os critérios jurídicos aplicáveis aos casos concretos, os quais, uma vez apreendidos, impunham ser cristalizados em um enunciado que também permitisse aplicação lógico-dedutiva (no caso, em uma súmula vinculante) (MACHADO, 2005).

Nesse cenário apriorístico, o juiz se limitaria a investigar a compatibilidade formal do caso *sub judice* ao sentido unívoco da norma, em termos de aferição da compatibilidade (subsunção) dos fatos juridicamente relevantes desse caso à norma jurídica considerada. Desse modo, todos os casos idênticos – ou seja, cujas situações fáticas fossem idênticas – deveriam ter inexoravelmente a mesma solução jurídica, pois, subsumidas a uma mesma norma, garantem a igualdade entre os jurisdicionados – em (des) favor dos quais sempre seriam prolatadas decisões isonômicas – e a segurança jurídica – em razão da previsibilidade das soluções jurídicas (MACHADO, 2005).

Contudo, o método lógico-dedutivo pressuposto pelas súmulas vinculantes não se compatibiliza com a própria realidade do Direito, que, como dito, é problemática. Por isso, não é aceitável a determinação apriorística de critérios jurídicos, como se correspondesse às exigências do Direito a redução de todos os casos concretos a um denominador comum.

Não se nega que é possível encontrar esse mínimo comum, tanto que as leis são elaboradas a partir de uma análise em abstrato do conjunto de casos que pretendem regular. Porém, tomar esse nivelamento como regra de aplicação jurídica é o mesmo que ignorar os reclamos de justiça. Não é por outro motivo que apenas a igualdade em sentido formal é consagrada com as súmulas de jurisprudência com efeito vinculante do Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, as exigências de igualdade estabelecidas pela Constituição Federal estão para além desse traço formal prometido pelas súmulas vinculantes. Não basta mais a igualdade de todos perante a lei – ou seja, que todos recebam o mesmo tratamento previsto em lei, independentemente das condições pessoais de cada um, pois o imperativo de justiça impele a realização da igualdade em seu sentido material – vale dizer que sejam conferidas as chances efetivamente iguais a todos (SARLET et al., 2013).

Por isso, a atividade jurisprudencial orientada pelo método lógico-dedutivo, que é pressuposto pelas súmulas vinculantes, obsta a concretização material da igualdade (e da justiça), tendo em vista que as particularidades dos casos são simplesmente desprezadas – destacam-se, também, as diferenças entre os desiguais, que não são observadas pelo juiz que se mantém preso à lógica silogística.

Assim, é perceptível a incompatibilidade dessa unidade do Direito e da metodologia de aplicação pretendida originalmente por esse instituto com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, em razão do desprezo daquelas para com os ideais de justiça e de igualdade (material) presentes na Constituição da República Federativa do Brasil.

### 3.3 DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

O princípio da independência judicial (que é pressuposto tanto pelo Estado de Direito, como pelo princípio da separação dos poderes) pode ser visto a partir dos sentidos político e axiológico.

Em termos políticos, ele encontra sua acepção tradicional, a qual mantém estreita ligação com o legalismo moderno. Por essa perspectiva, o Judiciário seria obediente apenas à lei, mas em termos de ser um poder nulo e seus juízes, meras “bocas da lei”.

Por seu turno, no sentido axiológico – o qual, afinal de contas, é o que interessa, tendo em vista a (teórica) superação do legalismo –, a independência exige a contribuição (de forma criadora) de todos os magistrados para a realização do ideal de justiça, tendo em vista que é ínsita à realização do Direito a existência de um mínimo de divergência jurisprudencial que permita o exurgimento do máximo de caminhos possíveis a certo impasse jurídico (NEVES, 2014).<sup>10</sup>

Além disso, seria demais crer que alguns poucos magistrados – por mais notável que seja seu saber jurídico – consigam esgotar as possibilidades do Direito e, assim, sejam sempre capazes de encontrar soluções jurídicas justas, sendo muito mais crível que entre milhares de juízes se encontre um ponto de vista mais coerente com a intenção de realização do Direito.

Por isso, negar a responsabilidade de todos os magistrados pela concretização do Direito é, de certo modo, propiciar o retorno do Estado brasileiro a um sistema de cariz autoritário, como ocorreu à época da Revolução Francesa com a “cassação”. Nesse período, os revolucionários almejavam a obediência à lei – que era confundida com o próprio Direito –, buscando protegê-la contra o arbítrio (*rectius*, poder criativo) dos juízes por meio do “*Tribunal de Cassation*”.

No caso pátrio, é possível constatar a retomada dessa intenção que norteou originariamente a cassação caso se considere que as súmulas vinculantes procuram justamente proteger os cânones legais, ao intencionarem a apreensão do (suposto) sentido ínsito e unívoco da norma jurídica (lei); sentido esse que, aliás, não deve ser passível de “adaptação” pelo magistrado no caso concreto.

Apesar disso, é possível ver nesse instituto um instrumento de controle hierárquico ao estilo das diretivas do Supremo Tribunal da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, tendo em vista a proximidade de seus estatutos jurídicos. Em torno das diretivas, Castanheira Neves as descreve como

[...] instruções de caráter genérico, vinculantes para as jurisdições subordinadas, relativamente ao modo como estas deverão decidir concretamente, já determinando a norma jurídica que há-de ser aplicada em certos casos, já esclarecendo duvidosas questões interpretativas e fixando o sentido da lei, já mesmo prescrevendo o modo como especiais pontos de facto deverão ser apreciados (NEVES, 2014, p. 116).

Por isso, revela-se correta a crítica dirigida ao caráter autoritário das súmulas vinculantes, na medida em que elas realmente se revelam como “instruções hierárquicas dirigidas pelas instâncias extraordinárias às ordinárias”, ao mesmo tempo em que os tribunais superiores

encarregados de sua edição assimilaram uma “função administrativo-burocrática” própria do Poder Executivo (MACHADO, 2005, p. 146).

Isso posto, conclui-se que o instituto em comento ofende o princípio da independência judicial, pois, além de as súmulas vinculantes ostentarem caráter autoritário – por restringirem a liberdade decisória dos juízes –, elas refutam a possibilidade de contribuição de todo o Judiciário para a consecução de um direito efetivamente justo, relegando essa tarefa a apenas um tribunal – o que retoma o problema do “autoritarismo” ínsito à sua índole original.

#### 4 DA LEGITIMIDADE (POSSÍVEL) DAS SÚMULAS VINCULANTES

Em que pesem os óbices apontados, ainda é possível afirmar a legitimidade das súmulas vinculantes, mesmo que isso custe a alteração de alguns de seus pressupostos originais, até porque o instituto em mesa não padece da inconstitucionalidade (material) de que padeciam os correlatos assentos portugueses.

Com efeito, a Constituição do Brasil não possui nenhum dispositivo como o artigo 115, n° 5, da Constituição da República Portuguesa,<sup>11</sup> o qual, consagrando o “princípio da tipicidade dos actos legislativos”, serviu de fundamento para o Tribunal Constitucional português declarar inconstitucional o artigo 2° de seu Código Civil, que previa a “força obrigatória” dos assentos (cf. Acórdão n° 810/93 de tal Tribunal Constitucional) (PORTUGAL, 1993).

Embora inexista um dispositivo como aquele, a doutrina reconhece, no art. 59 da Constituição Federal, a adoção do supracitado princípio. Nesse sentir, Clèmerson Merlin Clève chega ao ponto de afirmar que: “[...] apenas os atos elencados no art. 59 constituem-se em atos legislativos.” (CLÈVE, 1997, p. 4). Não bastasse isso, mais à frente, ele é ainda mais enfático ao afirmar que: “[...] possuem forma de lei aquelas espécies previstas no art. 59 da CF/1988, em *numerus clausus* (apenas aquelas, salvante a hipótese de recepção de espécies pretéritas com a mesma força) [...]” (CLÈVE, 1997, p. 5, grifo do autor). Todavia, não parece acertada essa conclusão.

O reconhecimento do princípio da tipicidade dos atos legislativos na Constituição Federal se mostra como uma decorrência necessária da própria noção de Estado de Direito. Ora, as leis (no sentido de uma prescrição, ou seja, de uma disposição obrigatória) não podem ser passíveis de criação por qualquer órgão, pois, além de imporem direitos e obrigações, elas revelam a adoção de intenções político-jurídicas da comunidade.

Destarte, não se podendo relegar as escolhas políticas ao arbítrio de qualquer um, mas sim aos órgãos constitucionalmente legitimados para a promoção do consenso da comunidade, é indispensável que os tipos de disposições legislativas sejam restringidos somente àquelas formas utilizadas por esses órgãos legítimos.

Por isso, o princípio da tipicidade das leis apenas exige a previsão constitucional do (novo tipo de) ato legislativo, como ocorreu com a inserção do art. 103-A na Constituição Federal. A propósito, descabida seria eventual alegação de que as súmulas vinculantes são

inconstitucionais pelo simples fato de não estarem previstas no rol do art. 59 da CF/88. Esse é, afinal, um preciosismo que não se justifica.

Isso porque o rol do art. 59 da CF/88, embora taxativo, não é inextensível, pois tipicidade não significa algo estanque ou fechado, mas, sim, algo previsto – no caso, constitucionalmente previsto. Nesse sentido, também é a tipicidade na seara penal, na qual, embora se exija que o crime seja anteriormente previsto em lei para que seja punível, ainda assim se admite a criação de novos “tipos penais”, ou seja, de novos crimes.

Com isso em vista, vale recordar que as normas jurídicas (regras e princípios) não estão confinadas nos dispositivos legais, motivo pelo qual é possível afirmar que o art. 59 da Constituição Federal não limita, nem esgota o princípio da tipicidade das leis (ÁVILA, 2011). Com efeito, Humberto Ávila elucida que o texto não se confunde com a norma, pois, enquanto aquele é o objeto de interpretação, esta é o resultado desse trabalho interpretativo. A par disso, ele ainda constata que há normas sem dispositivos, bem como normas que decorrem de diversos dispositivos, como é o caso do princípio da segurança jurídica (ÁVILA, 2011).<sup>12</sup>

Assim, é possível concluir que, embora evidencie o princípio da tipicidade dos atos legislativos, o art. 59 da CF/88 não reclama exclusividade, até porque decorre da própria abertura desse princípio a possibilidade de que existam outras formas de disposições legislativas no texto constitucional, independentemente de elas se encontrarem em referido rol.

Portanto, não padecendo do mesmo problema que os assentos portugueses – qual seja, a previsão exclusiva no plano infraconstitucional<sup>13</sup> –, é de se reconhecer a compatibilidade das súmulas vinculantes com a exigência constitucional de tipicidade dos atos legislativos, justamente por terem sido instituídas no ordenamento jurídico brasileiro a partir de uma emenda da Constituição Federal.

Tendo isso em vista, e considerando a constitucionalidade formal da Emenda Constitucional nº 45/2004, resta saber de que forma podem ser superados os óbices de ordem material que surgiram a partir das configurações originais do instituto em debate.

#### 4.1 DA NÃO COINCIDÊNCIA ENTRE ÍNDOLE POLÍTICA (STRICTO SENSU) E FUNÇÃO LEGISLATIVA

Como exposto, a noção de “separação dos poderes” não é mais absoluta, sendo, em vez disso, destinada à estruturação e ao bom funcionamento de um Estado a partir da distribuição dos poderes inerentes à sua soberania. Sem embargo, as funções estatais primordiais – quais sejam, legislar, julgar e administrar ainda são constitucionalmente conferidas a cada um dos Poderes concebidos por Montesquieu.

Também se disse que o exercício da função típica não impede que determinado Poder exerça funções que, majoritariamente, são de incumbência de outro. Em outros termos, nenhuma dessas funções é exclusiva do Poder titular, razão pela qual não se confundem, *v. g.*, Poder Legislativo e função legislativa. Aliás, como visto, nenhum sequer serve como critério conceitual (exclusivo) do outro, até porque a nota primordial do Poder Legislativo

é o caráter político (em sentido estrito), ao passo que a função legislativa, como conceito dogmático, é neutra. Por sinal, é essa neutralidade da competência de se editarem disposições legislativas que permite cogitar a superação ao óbice apontado.

Segundo Castanheira Neves, o sistema político-jurídico atual é marcado tanto pela legislação quanto pela jurisdição, ao contrário do sistema moderno-iluminista, no qual sobressaía com exclusividade o Legislador. No Estado contemporâneo, há dois polos: um político, que se realiza por meio da legislação, e outro jurisdicional, que se pauta na validade do Direito. Embora distintos, ambos devem buscar uma concorrência dialética, a fim de promoverem, em uma intenção de unidade totalizante, “[...] certos valores últimos, plurais mas convergentes – da dignidade pessoal e da solidariedade social, da liberdade e da justiça.” (NEVES, 2014, p. 596-598).

Embora tais valores sejam plurais e, portanto, propícios ao desencadeamento de conflitos, existe na sociedade o desejo por uma resposta integrante, a qual só é alcançada em sua plenitude por meio do Direito. Ora, a política também se utiliza de tais valores, porém não em um contexto global, mas sim parcial. Ela se vale deles em medidas diversas, privilegiando mais um do que outro ou mesmo deixando algum para um momento posterior, provindo daí os conflitos. Por sua vez, o Direito, por meio da jurisdição, é a instância integradora da ordem axiológica da comunidade.

Por isso, a unidade não se pode realizar senão por meio da interação dialética entre as funções legislativa e jurisdicional, até porque o Legislativo deixou de ser o portador da “vontade geral”, como o era na Modernidade, para se tornar mais um órgão legitimado pela comunidade soberana, mas do qual expressa apenas parte – em manifestações parciais – de seus valores, tendo como veículo primordial a lei (NEVES, 2014, p. 598-599).

Contudo, no cenário atual, em que a própria lei se tornou “instrumento de governo” (NEVES, 2014, p. 601) dos Poderes Legislativo e Executivo, seria difícil pensar em seu uso pelo Judiciário (por meio das súmulas vinculantes) sem que ela levasse consigo o caráter marcadamente político que carrega hodiernamente.

Por tal motivo, Castanheira Neves se posicionou contrário aos assentos portugueses (cujas críticas valem às súmulas vinculantes pela proximidade entre ambos os institutos), isto é, pela tão só possibilidade (real) de o Judiciário se desprender da intencionalidade a que deve servir com exclusividade, caso deferido a ele um instrumento normativo de natureza legislativa, jamais se deveria concedê-lo, até porque, além de a função jurisdicional já ser hoje fortemente conduzida pelos “critérios-efeitos” – ou seja, pela finalidade (o que é próprio da intenção política) – e não pelo “critério-fundamento”, não haveria instância de controle dos assentos editados, já que expedidos pelos próprios Tribunais Supremos (NEVES, 2014, p. 610-611).<sup>14</sup>

Não obstante esse risco, as súmulas vinculantes podem se harmonizar com os princípios estruturais do Estado de Direito, mais especificamente, com a manutenção do Poder Judiciário como limite ao jogo político, caso o Supremo Tribunal Federal torne a se guiar pela intencionalidade exclusiva ao Direito. A propósito, caso se recorde que o mínimo axiológico da comunidade se expressa na dignidade humana e nos direitos fundamentais, o instituto

em questão pode revelar-se, inclusive, como um grande instrumento de concretização dos valores estruturantes da sociedade brasileira.

#### 4.2 DA HERMENÊUTICA (NECESSÁRIA) DOS VERBETES SUMULARES

Assim como os assentos portugueses, as súmulas vinculantes foram instituídas a fim de se levar ao plano jurisprudencial aquela forma de vinculação (do positivismo legalista) que não se conseguiu realizar no âmbito legislativo, em razão da essência problemática do Direito.

Tomando o silogismo e o método dedutivo como instrumentos, o positivismo legalista pressupõe a aplicação ao caso concreto de uma normatividade preexistente no texto legal, sendo essa normatividade abstraída dos casos particulares, já que ela é encontrada no campo metafísico (na imanência do ser, do texto). Desse modo, as súmulas vinculantes serviriam justamente como expressão dessa norma preexistente no texto da lei, para que, a partir de sua edição, não houvesse mais dúvidas sobre o sentido do dispositivo legal.

Contudo, essa concepção legalista apresenta dois erros fundamentais: primeiro, confunde texto com norma; e, ainda, ignora a problematicidade que é ínsita à realização do Direito.

Tanto as leis quanto as súmulas vinculantes não são, em si, normas, mas sim textos normativos, os quais, portanto, sempre admitem interpretação pelo julgador. Sem dúvida, essa constatação traz perplexidades à própria intencionalidade original das súmulas, pois, pensadas para resolverem, em definitivo, divergências interpretativas, elas próprias, por admitirem interpretação, abrem espaço para dúvidas sobre seu sentido (ABBOUD, 2009).

Embora as leis e as súmulas vinculantes se tratem de importantes pontos de partida para se determinar uma solução jurídica, a norma é produzida tão somente a partir do caso concreto e da problematização que ele permite ao ser confrontado com o ordenamento jurídico existente (ABBOUD, 2009). Por isso, não basta a mera subsunção do fato à norma (*rectius*, ao texto normativo), por não existir sentido que seja imanente a um texto.

Contudo, seria incorreto pensar que a problematização do caso concreto parte do zero, pois o sistema jurídico (as leis e os demais dispositivos) já carrega consigo uma intenção normativa que se refere ao caso-problema, podendo, inclusive, já pressupor um critério normativo ou um princípio jurídico para se aplicar no julgamento (NEVES, 2014).

Não obstante, a unidade do sistema jurídico não se fecha no quadro de problemas e soluções nele já previstos, pois, visando a uma unidade histórico-dialética, esse sistema possui uma abertura que lhe permite adaptar-se às mudanças histórico-sociais quando do enfretamento de novos problemas ou da busca de novas respostas a problemas já conhecidos (NEVES, 2014).

Nesse processo dialético de contínua (re)construção da unidade do Direito, não se pode perder de vista que a norma em si não se encontra nos textos existentes – os quais nem por isso deixam de carregar consigo uma intencionalidade normativa –, sendo, em vez disso, produto da busca do sentido histórico-concreto do texto. Nesse ponto, é de se ressaltar que “[...] não há manifestação jurídica que não seja, desde sempre, interpretativa” (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 126-127) e, portanto, relacionada a determinado caso concreto, sendo

essa nova visão do Direito fruto da hermenêutica filosófica (ABBOUD, 2009).

Nela, compreensão, interpretação e aplicação passam a constituir um único momento – qual seja, a própria compreensão – (GADAMER, 1997), o que afasta por completo a possibilidade de se buscar o sentido de um texto de forma apriorística. Nesse sentir, Hans-Georg Gadamer ressalta que, quanto a um texto, “[...] se se quiser compreendê-lo adequadamente, isto é, de acordo com as pretensões que o mesmo apresenta, tem de ser compreendido em cada instante, isto é, em cada situação concreta de uma maneira nova e distinta. Aqui, compreender é sempre também aplicar.” (GADAMER, 1997, p. 461).

Considerando que “A tarefa da interpretação consiste em *concretizar a lei* em cada caso, isto é, em sua *aplicação*” (GADAMER, 1997, p. 489, grifo do autor), é inviável se sustentar o velho método lógico-subsuntivo não apenas para as leis, como também para as súmulas vinculantes, ainda que isso implique ruptura com a teleologia original desse instituto. Afinal, a concretização casuística do Direito se faz imperativa.

Assim procedendo, também estará superado o problema correlato ao silogismo, qual seja, a garantia da igualdade meramente formal. Ora, conscientes dos reclamos de justiça – que, como visto, guardam direta relação com a igualdade material e o atendimento às particularidades dos casos concretos –, a hermenêutica filosófica se propõe justamente a olhar ao particular, ao histórico, e não a abstrações, o que exige do juiz a aplicação do texto normativo atento às peculiaridades do caso, retirando-o da confortável praxe de simplesmente subsumir fatos a normas, como se o sentido do texto lhe fosse imanente.

Não obstante, em cada interpretação do texto normativo, é importante reconstruir “[...] interpretativamente a história institucional do instituto ou dispositivo em comento” (STRECK; ABBOUD, 2015, p. 128), pois, assim como nos precedentes, será possível saber se a intencionalidade normativa daquele texto é efetivamente voltado ao caso *sub examine*.

Diante de tais considerações, é cabível afirmar que as súmulas vinculantes, como mais uma forma de disposição legislativa, compatibilizam-se com as exigências de realização do Direito, à medida que passarem a servir como ponto de partida para a solução de casos “idênticos” com aqueles que as ensejaram, pela extração de um critério jurídico comum, e não mais como a norma em si, na qual se possam subsumir uma generalidade de casos cujo fundo fático se represente em um mínimo comum desprovido das próprias peculiaridades.

#### 4.3 DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DOS ENUNCIADOS SUMULARES

Enfim, as súmulas vinculantes, como prescrições de natureza legislativa, também devem estar sujeitas ao controle de constitucionalidade, por mais paradoxal que possa parecer a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição (art. 102, *caput*, CF) – editar súmulas inconstitucionais.

Parece decorrer logicamente da “natureza de lei” das súmulas vinculantes a possibilidade de seu controle de constitucionalidade. Com efeito, Nelson Nery Junior e Rosa Nery,



levando em consideração essa natureza e o fato de os enunciados sumulares vincularem o Poder Judiciário e o Executivo, asseveram tanto a possibilidade de controle difuso quanto a de controle concentrado de constitucionalidade de tais enunciados (NERY JUNIOR; NERY, 2014).

Todavia, em sentido diverso sobre o controle concentrado, André Ramos Tavares entende descabido o ajuizamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), bem como de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) contra súmula vinculante, por existirem mecanismos legais de revisão e cancelamento dos enunciados (TAVARES, 2009).<sup>15</sup>

Contudo, não parece ser esse o raciocínio correto. Isso porque o art. 6º da Lei nº 11.417/06 veda expressamente a suspensão dos processos em que se discuta matéria cujo enunciado esteja em processo de revisão ou cancelamento perante o STF, ao passo que a ADI admite medida cautelar (cf. art. 102, I, “p”, da CF). Quer dizer, enquanto o Supremo Tribunal Federal não se dignificar a efetivamente revisar ou cancelar enunciado sumular inconstitucional, ele continuará a ser de observância obrigatória, sob pena de cassação da decisão judicial ou anulação do ato administrativo.

Ademais, o fato de uma lei poder ser revogada a qualquer tempo não é fundamento suficiente para afastar a possibilidade do *judicial review*, já que, enquanto estiver produzindo efeitos (ou seja, enquanto estiver vigendo), a lei estará sujeita à análise de sua compatibilidade com a Constituição Federal, até que ocorra sua revogação – e isso se ela ocorrer.

Em torno do controle difuso de constitucionalidade, mostra-se mais pacífica sua possibilidade dentro da doutrina.<sup>16</sup> Em seu favor, concorre, segundo Georges Abboud, o fato de o *judicial control* ser um direito fundamental, a previsão do direito de ação no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal – que assegura a inafastabilidade da jurisdição em casos de lesão ou ameaça de lesão a direito –, bem como o próprio princípio da independência judicial (ABBOUD, 2009).

Com efeito, o controle de constitucionalidade permite a harmonia entre as súmulas vinculantes e o princípio da independência judicial, na medida em que, por meio dele, é possível quebrar com o caráter autoritário, hierarquizado e burocrático que a observância cega das súmulas geraria, permitindo, assim, a preservação do Estado de Direito (em que os juízes concorrem para a promoção da ordem jurídica) (STRECK; ABBOUD, 2015).

Frise-se que, como prescrições legislativas, os juízes devem observar as súmulas vinculantes, assim como as leis, pois ambas se tratam, a seu modo, de expressões da intencionalidade ao Direito emanadas de órgãos constitucionalmente legitimados para tanto.

Contudo, caso contrariem princípios constitucionais, aos juízes deve ser possível declarar a inconstitucionalidade dos enunciados sumulares, pois, se os magistrados podem afastar uma lei (e até mesmo uma Emenda Constitucional), com maior razão, poderão rejeitar a aplicação de uma súmula vinculante, a fim de promover, no caso concreto, um julgamento justo, com base nos valores constitucionais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em seus termos originais, as súmulas vinculantes causam perplexidades ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, a exemplo dos assentos portugueses, elas se tratam de enunciados de natureza legislativa, que, ao pretenderem ser critérios jurídicos apriorísticos, exigem sua aplicação lógico-dedutiva (mera subsunção do fato à norma).

Diante disso, não tardou para se constatar o impasse criado ao princípio da separação dos poderes, que, embora não exija uma “separação” absoluta, continua a informar a inacumulabilidade das funções jurisdicionais e legislativas em um mesmo titular do poder estatal. Isso porque o Judiciário – titular da jurisdição – deve orientar-se pela realização do Direito – ou seja, o juízo jurisdicional deve pautar-se na intencionalidade ao Direito, ao todo axiológico comunitário que ele representa – e não pela política – vale dizer, pelo decisionismo entre os valores comunitários em razão de opções partidário-ideológicas, o qual é próprio do Poder Legislativo, órgão no qual é propício assim agir. Com as súmulas vinculantes, o Judiciário brasileiro corre o risco de se afastar de sua função de contrapoder, em razão de sua entrada no jogo político, estando fragilizado, portanto, o Estado de Direito que pressupõe a limitação do poder pelo Direito.

Ainda, analisou-se o entrave que as súmulas vinculantes representam à realização da unidade integrante dos valores comunitários; pois, ao pressuporem o silogismo – ou seja, uma aplicação padrão de um *principium* jurídico, sem se atentar às particularidades do caso –, as súmulas promovem apenas a igualdade no sentido formal, o que, todavia, encontra-se em descompasso com os reclamos hodiernos de justiça e igualdade material.

Também se enfrentou o problema gerado pelas súmulas vinculantes à independência judicial, sendo de aplicabilidade inflexível, as súmulas se revelam um instrumento autoritário e burocrático, que, desse modo, impede a contribuição de todos os magistrados para a realização do Direito, em favor de uma lógica de mera redução do volume de processos, principalmente nas instâncias extraordinárias.

Não obstante as perplexidades apontadas, o instituto em apreço se apresenta, ao menos formalmente constitucional, visto que sua inserção na Constituição Federal respeitou o devido processo legislativo. Em torno da matéria, a legitimidade do instituto é colocada à prova, mas, ainda sim, é possível as súmulas vinculantes serem (re)inseridas em uma roupagem compatível com o Estado de Direito.

Nesse sentido, aferiu-se que o exercício da função legislativa não implica, em si, o emprego da índole política, sendo, assim, possível ao STF se orientar exclusivamente pelo Direito quando da edição das súmulas vinculantes.

Por se tratarem de textos normativos, tais súmulas também se mostram passíveis de interpretação, assim como as leis, motivo pelo qual, sob a orientação da hermenêutica filosófica, é possível (e devido) ao juiz se valer dos enunciados sumulares – e de sua intencionalidade normativa – para problematizar os casos concretos, a fim de buscar a solução mais justa em cada caso. Com isso, a contribuição dos magistrados é levada em consideração, pois não anu-

lado seu dever de prudência (“juízo”) para se decidir a concretude de uma situação *sub judice*.

Considerando ainda a natureza legislativa do instituto, também se defendeu a possibilidade de submetê-lo ao controle de constitucionalidade concreto e difuso, pois, se nem mesmo as leis vinculam em absoluto, não haveria razão para as súmulas assim o fazerem. Ademais, estando os juízes sob o império do Direito – no qual a Constituição ocupa posição de destaque –, e não de um Tribunal – ainda que Supremo –, deve sempre haver a possibilidade de os magistrados testarem a compatibilidade de um texto normativo às normas constitucionais. Desse modo, o autoritarismo ínsito à natureza primeva das súmulas seria extirpado, reafirmando-se aos juízes o seu papel de promoverem exclusivamente o Direito.

Diante de todo o exposto, é possível concluir pela legitimidade das súmulas vinculantes, não apenas porque elas são formalmente constitucionais, mas também por se revelarem compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que deixam alguns de seus propósitos originais.

## ON THE LEGITIMACY OF BINDING PRECEDENTS (SÚMULAS VINCULANTES)

### ABSTRACT

This article deals with the compatibility of the institute of binding precedents (*súmulas vinculantes*) with the principles of separation of powers and judicial independence, and analyzes how its application impacts the postulates of material equality and justice. The debate surrounding the legitimacy of such institute is necessary in view of the markedly pragmatic character that guided its creation through Constitutional Amendment n. 45/2004. Initially discussing the “legislative nature” of binding precedents (*súmulas vinculantes*), the article approaches the impasses that its original purposes generate in the Brazilian legal system, considering the previously indicated principles and postulates. This research, however, aims at analyzing the possible solutions to the aforementioned problems. Thus, the hypothesis put forth is that binding precedents may prove to be legitimate, even if some of their initial terms have to be revised and other major debates have to be addressed.

**Keywords:** Binding precedents (*súmulas vinculantes*). Legitimacy. Brazilian legal system.

## LA LEGITIMIDAD DE LAS INTERPRETACIONES VINCULANTES

### RESUMEN

Este artículo trata de la compatibilidad del instituto de las interpretaciones vinculantes con los principios de la separación de poderes y de la independencia judicial y analiza la forma como su metodología de aplicación impacta los postulados de igualdad material y de

justicia. El debate acerca de la legitimidad de ese instituto es necesario, teniendo en cuenta el carácter marcadamente pragmático que orientó su creación por medio de la Enmienda Constitucional n. 45/2004. Con la constatación inicial de la “naturaleza legislativa” de las interpretaciones vinculantes, se abordan los impases que sus propósitos originales generan en el ordenamiento jurídico brasileiro, considerando los principios y postulados anteriormente informados. Sin embargo, esta investigación se propone a analizar las posibles soluciones a los problemas apuntados. Así, la hipótesis acá defendida es de que las interpretaciones vinculantes pueden revelarse legítimas, aunque para tanto algunos de sus términos iniciales tengan de ser revisados, y que otros grandes debates tengan que ser enfrentados.

**Palabras-clave:** Interpretación Vinculante. Legitimidad. Ordenamiento jurídico brasileiro.

- 
- 1 Sobre a similaridade entre súmulas vinculantes e assentos portugueses, cf. Abboud (2008).
  - 2 A propósito das normas jurídicas, Castanheira Neves esclarece que “norma jurídica” não é apenas a “lei” (em sentido estrito, ou seja, as normas emanadas do Poder Legislativo a partir do processo constitucionalmente previsto), pois também existem as normas jurídicas consuetudinárias, as de origem jurisprudencial, as emergentes da autonomia privada, bem como as oriundas da doutrina (NEVES, 2014, p. 283). Mais adiante, ele ressalva que nem todas elas possuem caráter prescritivo, como é o caso das doutrinárias e das correntes jurisprudenciais (NEVES, 2014, p. 299).
  - 3 Segundo Paulo Nader, “*Fontes formais* são os meios de expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas. Para que um processo jurídico constitua fonte formal é necessário que tenha o poder de criar o Direito.” (NADER, 2007, p. 142). *In casu*, as súmulas vinculantes veiculam normas jurídicas capazes de inovar o ordenamento jurídico, motivo pelo qual é de se reconhecer seu *status* de fonte formal do Direito.
  - 4 Art. 5º. Revogada ou modificada a lei em que se fundou a edição de enunciado de súmula vinculante, o Supremo Tribunal Federal, de ofício ou por provocação, procederá à sua revisão ou cancelamento, conforme o caso.
  - 5 Também afirmando a natureza de disposição legislativa das súmulas vinculantes, cf. Nery Junior e Nery (2014, p. 740-741).
  - 6 Não se olvida que muitos autores ainda se valem do Poder Legislativo – ou do poder político em sentido estrito – para conceituar a “lei”. Nesse sentido, cf. nota nº 7, *infra*.
  - 7 Nesse sentido “tradicional”, Paulo Nader conceitua a “lei” como “[...] o *preceito comum e obrigatório, emanado do Poder Legislativo, no âmbito de sua competência.*” (NADER, 2007, p. 148, grifo do autor). Paulo Nader ainda atribui caracteres substanciais e formais às leis (*stricto sensu*). Em torno dos caracteres substanciais, aponta a “generalidade, abstratividade, bilateralidade, imperatividade, coercibilidade”. No tocante aos caracteres formais, assevera que a lei deve ser “escrita, emanada do Poder Legislativo em processo de formação regular, promulgada e publicada.” (Ibid., loc. cit.). Como se observa, apenas a nota “emanada do Poder Legislativo” não se verifica nas súmulas vinculantes, o que corrobora a tese de “natureza legislativa” desse instituto, ao menos no aspecto material.
  - 8 Esse sistema foi desenvolvido pelos norte-americanos com base na doutrina de Montesquieu e é conhecido em português como “sistema de freios e contrapesos” (MALUF, 2007, p. 210-211).
  - 9 Conforme Castanheira Neves, a política em sentido estrito, própria do Legislativo, significa “[...] a actividade de direcção e conformação social que actua uma comprometida (‘partidária’) teleologia ideológica e a distinguir de outras específicas actividades sociais, as actividades específicas da economia, da cultura, v. g. do direito, etc.” (NEVES, 2014, p. 430).
  - 10 Com certa reserva, Mancuso (2013, p. 175) também aponta a necessidade de divergência jurisprudencial para a concretização do Direito.
  - 11 Artigo 115 (Actos normativos) [...] 5 - Nenhuma lei pode criar outras categorias de actos legislativos ou conferir a actos de outra natureza o poder de, com eficácia externa, interpretar, integrar, modificar, suspender ou revogar qualquer dos seus preceitos. Cf. Portugal (1976). Esse dispositivo (artigo e seus números) foi acrescido pelo artigo 93º da 1ª Revisão Constitucional – Lei Constitucional nº 1/82, sendo renumerado para artigo 112º pela 4ª Revisão Constitucional – Lei Complementar nº 1/97 (v. artigo 74º, nº 1). Atualmente, o dispositivo citado se encontra previsto no artigo 112º, nº 5 (cf. as Leis Constitucionais citadas no sítio eletrônico do Tribunal Constitucional de Portugal. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp-revisoes.html>>. Acesso em: 25 out. 2016).

- 12 Segundo Ávila (2011, p. 30-31), “Pelo exame dos dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade chega-se ao princípio da segurança jurídica.”
- 13 Os assentos portugueses eram regulados pelo artigo 769 do Código de Processo Civil de 1961, sendo previstos como fonte do direito no mencionado artigo 2º do Código Civil de 1966.
- 14 No caso do Brasil, a crítica se aplica com a agravante de que aqui não há, como em Portugal, um Tribunal Constitucional, que, em tese, pode ser provocado em casos de inconstitucionalidade, caso admitido esse controle, ou seja, é possível conceber em Portugal um julgamento imparcial sobre os assentos editados pelo Supremo Tribunal de Justiça português, ao passo que, no Brasil, o controle (em última “instância”) das súmulas vinculantes se daria, afinal de contas, pelo próprio órgão que as edita: o STF.
- 15 Embora não tenha tido a oportunidade de se manifestar especificamente sobre as súmulas vinculantes, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pelo descabimento do controle concentrado de constitucionalidade contra súmulas – “simples”, no caso (MANCUSO, 2013. p. 440).
- 16 Cf. Mancuso (2013, p. 440-441); Nery Junior e Nery (2014, p. 742); Streck e Abboud (2015, p. 139-140).

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e erga omnes na jurisdição constitucional.** 2009. 309 f. Dissertação (Mestrado em Direitos Difusos e Coletivos) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.

\_\_\_\_\_. Súmula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 33, n. 165, p. 218-230, nov. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A lei no estado contemporâneo. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, São Paulo, v. 1, n. 21, p. 124-137, 1997.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **Súmula vinculante e segurança jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

LEAL, Vitor Nunes. Atualidades do Supremo Tribunal. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 78, p. 453-459, out./dez. 1964. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26723>>. Acesso em: 10 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Passado e presente da súmula do STF. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 145, p. 1-20, jul./set. 1981. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43387>>. Acesso em: 10 out. 2016.

MACHADO, Fábio Cardoso. Da uniformização jurídico-decisória por vinculação às súmulas de jurisprudência: objeções de ordem metodológica, sócio-cultural e político-jurídica. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 30, n. 124, p. 123-148, jun. 2005.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. 27. ed. Atualização de Miguel Alfredo Maluf Neto. São Paulo: Saraiva, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição federal comentada e legislação constitucional**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NEVES, António Castanheira. **O instituto dos “assentos” e a função jurídica dos supremos tribunais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

PORTUGAL. Assembleia Constituinte. **Constituição da República Portuguesa**. Lisboa, 2 de abril de 1976. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/crp.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. **Acórdão nº 810/1993**. Lisboa, 7 de dezembro de 1993. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19930810.html>>. Acesso em: 25 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. **Súmula vinculante: um estudo à luz da emenda constitucional 45, de 08.12.2004**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto: o precedente judicial e as súmulas vinculantes?** 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Nova lei da súmula vinculante: estudos e comentários à Lei 11.417, de 19.12.2006**. 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

TOFFOLI, Vitor. **Desafios para tutela do direito autoral na era digital, relações com o direito à educação e o acesso à Justiça, como meio de efetivação desses direitos da personalidade: conflitos e possíveis soluções conciliatórias**. 2013. 208 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) - Centro Universitário de Maringá, Maringá, 2013. Disponível em: <<https://vitortoffoli.files.wordpress.com/2013/05/dissertac3a7c3a3o-versc3a3o-wordpress.pdf>>. Acesso em: 14 set. 2016.

Submetido: 31 mar. 2017

Aprovado: 7 jun. 2017

# POLÍTICA PÚBLICA E DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL DE BOA QUALIDADE: A SITUAÇÃO DAS UMEIS NA MUNICIPALIDADE DE BELO HORIZONTE

*Lucas Salles Moreira Rocha\**

*Márcio Luís de Oliveira\*\**

1 Introdução. 2 A educação como direito fundamental e como direito humano prestacional. 3 Os direitos fundamentais prestacionais e seus custos: o ensino infantil de qualidade na municipalidade de Belo Horizonte. 4 Planejamento e políticas públicas como meios de concretização do direito fundamental de acesso ao ensino infantil de boa qualidade. 4.1 Montagem da agenda. 4.2 Instrumentos para formulação de políticas públicas. 4.3 Proposta de formulação de política pública. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O tema do artigo centra-se na dificuldade da municipalidade de Belo Horizonte – Estado de Minas Gerais, Brasil – em assegurar a universalização do acesso ao ensino infantil de qualidade em suas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMeIs), o que tem causado grande volume de ações judiciais em face da municipalidade, inviabilizando a adequada gestão administrativa da questão. Nesse contexto, o estudo sugere a adoção do “subsídio escolar” como política pública complementar, a título transitório ou permanente, para solucionar ou reduzir os efeitos negativos da situação. Na elaboração do artigo, foi utilizada a metodologia analítico-descritiva do problema fático-jurídico, com o apoio de métodos jurídico-dogmáticos e com a apresentação de dados estatísticos, além da consulta à legislação, à jurisprudência e à doutrina. O artigo tem como marco teórico estruturante o acesso universal ao ensino infantil de boa qualidade como direito fundamental e direito humano a ser viabilizado pelo Estado, com a colaboração da iniciativa privada. A partir do marco teórico, aborda-se a questão dos custos para a implementação dos direitos prestacionais primários e da necessidade de adoção de políticas públicas que contribuam, de modo sustentável, para a ampliação do acesso às escolas infantis de qualidade.

**Palavras-chave:** Ensino infantil. Ensino fundamental. Direito à educação. Direitos prestacionais primários. Universalização do direito à educação. Políticas públicas em educação.

---

\* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Pós-Graduado em Direito Corporativo pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC-MG). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogado. E-mail: <rocha.lucas@gmail.com>.

\*\* Doutor e Mestre em Direito. Professor da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e da Faculdade de Direito Milton Campos (FDMC). Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: <marcio.luis@uol.com.br>.

## 1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil determina que a educação é um direito de todos e um dever do Estado (art. 205). Seguindo essa diretriz, a própria Constituição, de forma pontual e objetiva, preceitua que o Estado tem a obrigação de garantir educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças com até cinco anos de idade (art. 208, inc. IV) (BRASIL, 1988).

Não obstante as previsões constitucionais e a natureza fundamental do direito de acesso à educação de boa qualidade, esse direito, por ter um custo financeiro elevado, acaba se revelando inefetivo por causa de deficiências financeiro-administrativas na sua prestação pelo ente estatal. Esse problema vem sendo enfrentado pelo Município de Belo Horizonte, especificamente no que tange ao acesso às escolas infantis de qualidade.

A Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, com o apoio do Internacional Finance Corporation (IFC) e do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), desenvolveu as chamadas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMEIs), originadas de política pública consubstanciada em Parceria Público-Privada (BELO HORIZONTE, 2017). Além de pioneiro no Brasil, o projeto tem fomentado a inclusão e equidade socioeconômica com reflexos sociais bastante positivos para a cidade, especialmente pela alta qualidade dos serviços de educação infantil prestados no âmbito das UMEIs.

Entretanto, mencionadas instituições não estão sendo capazes de suprir toda a demanda social, em decorrência da ausência de vagas suficientes. Por conseguinte, um enorme contingente judicial tem surgido em face do Município, proveniente da insatisfação dos pais de crianças que não conseguem vagas para seus filhos.

Atento às demandas sociais, o Município de Belo Horizonte tem investido progressivamente na expansão do seu sistema de ensino pré-escolar. Contudo, o enorme e crescente número de ações judiciais que têm condenado o Município a providenciar novas vagas nas escolas demonstra que as políticas públicas adotadas, pelo menos até o momento, não estão sendo capazes, por si só, de solucionar ou de minimizar o problema da acessibilidade às UMEIs.

Considerando que o Estado tem a obrigação constitucional de garantir acesso ao ensino básico a todos e que as decisões judiciais proferidas contra o Município de Belo Horizonte o desviam do seu planejamento, podendo causar, com efeito, graves prejuízos à municipalidade e à sociedade, mostra-se pertinente uma abordagem complementar àquela que vem sendo adotada, apta a contribuir para a solução ou a minimização do problema, de modo a permitir que, a médio prazo, o Município venha a implementar políticas públicas que possam garantir a acessibilidade sustentável ao serviço de ensino infantil de qualidade.

Partindo, pois, desse tema-problema (a inacessibilidade ao ensino infantil de qualidade e o ativismo judicial que lhe corresponde), o estudo apresenta duas hipóteses para a solução ou minimização temporária dos efeitos negativos dessa inacessibilidade, agravada pelo excessivo ativismo judicial quanto à questão:



- a) o oferecimento de *vouchers*, ou cartas de crédito aos responsáveis legais das crianças;
- b) a concessão de valores monetários, ou espécie de bolsa de educação aos responsáveis legais das crianças.

Assim, o artigo busca contextualizar a universalização do acesso à educação infantil de boa qualidade como direito fundamental e direito humano para, em seguida, demonstrar como esse direito vem sendo implementado na municipalidade de Belo Horizonte, por meio das UMEIs. O trabalho pretende abordar o problema da inacessibilidade às UMEIs de modo a propor medidas pontuais e temporárias que possam solucionar ou minimizar os efeitos negativos tanto da inacessibilidade quanto do ativismo judicial que lhe é correlato.

Na elaboração do artigo, foi utilizada a metodologia analítico-descritiva do problema fático-jurídico, com o apoio de métodos jurídico-dogmáticos e com a apresentação de dados estatísticos, além da consulta à legislação, à jurisprudência e à doutrina. Apesar de se ter referenciado, no artigo, o pensamento de Milton Friedman e a experiência do Bolsa Família como hipóteses de solução para o tema-problema, o artigo tem como marco teórico estruturante o acesso universal ao ensino infantil de boa qualidade como direito fundamental e direito humano a ser viabilizado pelo Estado, com a colaboração da iniciativa privada.

Além da introdução e das considerações finais, o artigo está organizado em três tópicos. No primeiro deles, o acesso à educação de boa qualidade é apresentado como direito prestacional fundamental e direito humano. No segundo item, é abordada a questão dos custos dos direitos prestacionais primários, com foco na situação das UMEIs na municipalidade de Belo Horizonte. No item seguinte, o artigo versa sobre sua temática principal, considerando a problematização em relação ao acesso ao ensino infantil de qualidade, por meio de adoção de políticas públicas complementares àquelas que já vêm sendo adotadas.

## 2 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E COMO DIREITO HUMANO PRESTACIONAL

O direito à educação é resultado da conquista de direitos, garantias e deveres de segunda dimensão, no contexto do constitucionalismo social, característico da primeira metade do século XX. Desde então, prerrogativas jurídico-sociais passaram a ser incluídas no rol das normas constitucionais fundamentais, norteando as intervenções do Estado nos setores econômico e social, tanto nos países de tradição liberal quanto comunitarista (OLIVEIRA, 2016, p. 186). Ao discorrer sobre as bases jurídicas do constitucionalismo social, Oliveira diz que

Aquela nova dimensão de direitos, garantias e deveres fundamentais passava a incluir dois grandes segmentos de conquistas jurídicas na modernidade ocidental: a) a proteção legislativa e fiscalizadora do trabalhador e das associações (sindicatos) dos trabalhadores contra o abuso das práticas liberais da época; b) a universalização progressiva do acesso à educação, ao sistema de tratamento de doenças, à infraestrutura sanitária e habitacional, à assistência social e à previdência social. Logo, a proteção do trabalhador e dos sindicatos gerava ônus

(deveres) tanto para a iniciativa privada (patrões) quanto para o Estado (dever de fiscalização e execução das normas trabalhistas). Mas parcela significativa dos direitos e garantias sociais de segunda dimensão (educação, saúde, previdência etc.) impunha deveres imediatos ao próprio Estado, que assumia o encargo histórico-civilizacional de sua efetiva regulação e implementação material. Portanto, diferentemente dos direitos e garantias de primeira dimensão – que exigiam, basicamente, a atuação prestacional secundária do Estado (manutenção da segurança pública e privada para a preservação da incolumidade física, da intimidade, da liberdade, da propriedade etc.) –, os direitos e garantias de segunda dimensão (prerrogativas de substrato social) demandavam a efetiva atuação prestacional primária do Estado, ou seja, a elaboração legislativa e, preponderantemente, a implementação administrativa (com ou sem a participação da iniciativa privada) de medidas políticas, econômicas, sociais e jurídicas para tornarem efetivos o exercício e a fruição dos direitos e garantias sociais (OLIVEIRA, 2016, p. 205).

Não obstante a ampliação de direitos coletivos, o constitucionalismo social apresentou, historicamente, duas grandes vertentes: a) a totalitária, de ideologia socialista (ex.: União das República Socialistas Soviéticas) e fascista (ex.: Itália e Alemanha); b) a democrática, posteriormente designada e consolidada como social-democracia nos países escandinavos (OLIVEIRA, 2016, p. 183-190).

Em sua matriz democrática, o constitucionalismo social contribuiu para a atuação direta e indireta do Estado nas relações socioeconômicas, de forma a promover, em um ambiente político de liberdades públicas e privadas, a implementação e o acesso aos direitos sociais prestacionais e à proteção aos trabalhadores, por meio de ações interventivas do Estado na economia e pelo aumento e pelo redimensionamento dos gastos públicos (KERSTENET-ZKY, 2012, p. 37-57). No cenário do constitucionalismo social-democrata, o Estado passou a adotar medidas necessárias à redução das desigualdades socioeconômicas na tentativa de concretização progressiva dos direitos sociais mínimos aos indivíduos e à sociedade (OLIVEIRA, 2016, p. 197-210).

A partir de suas origens, o constitucionalismo social-democrático adaptou-se, em suas premissas e resultados, ao ambiente político, econômico e jurídico da segunda metade do século XX e, apesar de todos os contratemplos, teve fundamental importância para o surgimento do atual Estado Democrático-Constitucional de Direito (OLIVEIRA, 2016, p. 195-197).

Atualmente, o direito fundamental de acesso à educação está plenamente consolidado como prerrogativa individual e coletiva, sendo ônus do Estado e da sociedade garanti-lo e promovê-lo de forma inclusivo-universal e de boa qualidade. Esse direito também foi alçado ao *status* de direito humano pela Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>1</sup> proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Esse diploma jurídico, que inspirou as Constituições de muitos Estados e democracias no mundo, foi o primeiro de vários outros tratados internacionais globais e regionais adotados desde o fim da Segunda Guerra Mundial, versando, em algum aspecto, sobre o direito de acesso à educação.<sup>2</sup> A importância desse direito, especificamente no âmbito do ensino básico, é

retratada de forma esclarecedora por Soo-Hyang Choi, Diretora da Seção de Educação Infantil da UNESCO:

De acordo com o estudo da primeira infância “Abecedarian” (MASSE; BARNETT, 2003) nos EUA, por exemplo, as crianças que freqüentaram a pré-escola<sup>3</sup> têm maior probabilidade de alcançar melhores resultados em testes de raciocínio e de chegar até a educação superior, do que aquelas que não participaram. Elas poderão ser contratadas para empregos com melhor remuneração no futuro, como conseqüência disso.

O projeto “Perry Pre-school”, bem conhecido nos EUA, também relata resultados semelhantes. As crianças que participaram de programas de qualidade na primeira infância têm maior probabilidade de completar o ensino médio, ingressar na educação superior, ter treinamento profissional ou conseguir um emprego. O estudo também mostra que os programas da primeira infância são eficientes em prevenir que a criança se envolva em problemas sociais. As crianças que participaram do projeto “Perry Pre-school” tiveram menor probabilidade de serem classificadas como portadoras de retardo mental, serem presas, acusadas de cometerem crimes graves ou depender da assistência social. Desta maneira, os benefícios foram múltiplos, nos âmbitos educacional, econômico e social (CHOI, 2004, p. 19).

Para que a norma constitucional alcance os seus objetivos de emancipação e plenipotencialização do ser humano por intermédio da educação (OLIVEIRA, 2016, p. 95-101), faz-se necessária a participação do Estado e da sociedade civil, de modo a tornar efetiva a promoção de acessibilidade universal ao sistema de ensino de boa qualidade em todos os seus níveis e, mais especificamente, no âmbito da educação infantil e fundamental.

A Constituição prevê, de forma direta, que o acesso ao ensino infantil (crianças de até cinco anos de idade) é direito público subjetivo e, ainda, que o seu não oferecimento, ou oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente (art. 208, IV e § 2º). Assim, o direito à educação infantil pode ser exigido pelo particular em face do Estado. Esse entendimento foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 464.143-SP, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, e do Recurso Extraordinário nº 384.201-SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, respectivamente:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. [...] GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido (BRASIL, 2010a, *online*).

CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO ESTADO. Cumprir ao Estado - gênero - proporcionar a creche e a pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade, observando a norma cogente do artigo 208, inciso IV, da Constituição Federal, com a redação decorrente da Emenda Constitucional nº 53/2006 (BRASIL, 2007, *online*).

A garantia à educação infantil para crianças de até cinco anos de idade está prevista, ainda, no artigo 54 da Lei nº 8.069, de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e no artigo 4º da Lei nº 9.394, de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, conforme se infere dos seguintes dispositivos: “Art. 54. É dever do Estado assegurar à criança e ao adolescente: [...] IV – atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade.” (BRASIL, 1990, *online*). “Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: [...] II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade.” (BRASIL, 1996, *online*).

Com base nos artigos de lei acima transcritos, o Superior Tribunal de Justiça, reforçando o entendimento de que o oferecimento de educação infantil gratuita é um dever do Estado, proferiu as seguintes decisões no julgamento do Recurso Especial nº 510.598-SP e nº 577.573-SP, ambos de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha:<sup>4</sup>

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública. 2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria. 3. “Consagrado por um lado o dever do Estado, revela-se, pelo outro ângulo, o direito subjetivo da criança. Conseqüentemente, em função do princípio da inafastabilidade da jurisdição consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todas as crianças nas condições estipuladas pela lei encartam-se na esfera desse direito e podem exigí-lo em juízo” (REsp n. 575.280-SP, relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, DJ de 25.10.2004). [...] (BRASIL, 2008a, *online*).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA ARTIGOS 54 E 208 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MATRÍCULA E FREQUÊNCIA DE MENORES DE ZERO A SEIS ANOS EM CRECHE DA REDE PÚBLICA MUNICIPAL. 1. O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n. 9.394/96, art. 4º, IV) asseguram o atendimento de crianças de zero a seis anos em creches e pré-escolas da rede pública. 2. Compete à Administração Pública propiciar às crianças de zero a seis anos acesso ao atendimento público educacional e a frequência em creches, de forma que, estando jungida ao princípio da legalidade, é seu dever assegurar que tais serviços sejam prestados mediante rede própria. [...] (BRASIL, 2008b, *online*).

No caso específico do Município de Belo Horizonte, a própria Lei Orgânica estabelece que é dever do Município garantir atendimento gratuito em creche e pré-escola às crianças de, nesse caso, até seis anos de idade, conforme se infere do seu artigo 157:

Art. 157 - A educação, direito de todos, dever do Poder Público e da sociedade, tem como objetivo o pleno desenvolvimento do cidadão, tornando-o capaz de refletir sobre a realidade e visando à qualificação para o trabalho.

§ 1º - O dever do Município com a educação implica a garantia de:

[...]

II - atendimento obrigatório e gratuito em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, em horário integral, bem como acesso automático ao ensino de primeiro grau. (BELO HORIZONTE, 1990, *online*).

No referido Município, existe um expressivo movimento de judicialização do direito de crianças de até cinco anos terem acesso ao ensino básico, pelo ingresso nas chamadas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMeIs), que são implementadas por meio de Parceria Público-Privada. Alguns pais, inconformados com a impossibilidade de matricular seus filhos nesse sistema de ensino municipal de qualidade, têm pleiteado tal direito junto ao Poder Judiciário. De forma bastante consistente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais vem decidindo pela obrigatoriedade, pelo Município, de conceder tais vagas aos demandantes. É o que se infere das decisões proferidas nas Apelações Cíveis nº 1.0024.16.043475-9/001, de relatoria do Desembargador Judimar Biber, e nº 1.0024.15.209676-4/001, de relatoria do Desembargador Afrânio Vilela, respectivamente:

APELAÇÃO CÍVEL – [...] AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À EDUCAÇÃO - MENOR - CRECHE - UMEI - GARANTIA CONSTITUCIONAL - LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE - ECA - CRECHE PARTICULAR - SOMENTE AS CONVENIADAS. A educação é direito de todos e dever do Estado e da família e deve ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. A Lei orgânica do Município de Belo Horizonte garante em seu artigo 157, §1º, II, atendimento obrigatório e gratuito em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade, sendo que o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu art. 53, V, assegura à criança e ao adolescente, o acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência, ou particular conveniada. No reexame necessário, rejeitadas as preliminares e, no mérito, reformada em parte a sentença, prejudicado o recurso voluntário (MINAS GERAIS, 2017, *online*).

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM UMEI - COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE - CRIANÇA - MATRÍCULA NEGADA - ARTIGOS 205, 208, VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - DEVER DO MUNICÍPIO - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - VIOLAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A competência para julgamento de mandado de segurança

com objetivo de assegurar a matrícula de menor em instituição de ensino é da Justiça da Infância e da Juventude, nos termos dos artigos 148, IV e 209, do Estatuto da Infância e da Juventude. 2. É dever do Município a concessão de vaga em creche pública, porquanto compreende o direito à educação, assegurado pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 4. Demonstrada a violação do direito líquido e certo da impetrante de acesso à educação, por ato ilegal praticado pela autoridade coatora, correta a sentença, no ponto em que determinou a matrícula dela na UMEI apontada na inicial ou em outra próxima de sua residência (MINAS GERAIS, 2016, *online*).

De fato, o expressivo volume de ações judiciais dessa natureza movidas contra o Município de Belo Horizonte<sup>5</sup> explicita que, atualmente, as políticas públicas adotadas estão sendo incapazes de garantir a todos o acesso ao ensino infantil de qualidade. Buscar-se-á, nesse sentido, explorar adiante a questão dos custos dos direitos prestacionais primários, para, posteriormente, sugerir política pública que contribua para o acesso universal ao ensino infantil de boa qualidade.

### 3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS PRESTACIONAIS E SEUS CUSTOS: O ENSINO INFANTIL DE QUALIDADE NA MUNICIPALIDADE DE BELO HORIZONTE

Ao abordar o tema dos custos financeiros de implementação dos direitos, Galdino respalda sua análise a partir da concepção mista ou eclética de direitos subjetivos de Jellinek (GALDINO, 2005, p. 129), para quem o conceito de direito subjetivo inclui dois elementos: o interesse (elemento objetivo) e a vontade (elemento subjetivo). O direito subjetivo se expressaria como interesse juridicamente protegido e pela potencialidade de o seu titular querer exercê-lo (GALDINO, 2005, p. 129). Esse direito, se exercido, seria garantido pela tutela do Estado, em regra, pela Administração Pública ou pelo Poder Judiciário.

Amparado em doutrina majoritária, Galdino (GALDINO, 2005, p. 148-149) faz menção ao fato de que os direitos fundamentais podem ainda ser classificados em direitos positivos e direitos negativos. Para o autor, diferentemente da categoria de direitos subjetivos – em que se aúfere a possibilidade, ou não, de exercício de determinado direito –, esses dois outros qualificativos consideram se o direito respectivo resultará em uma obrigação de fazer, ou não fazer, por parte do Estado. Um exemplo de obrigação de não fazer (*obrigação negativa*), por parte do Estado, seria o de não tolher a manifestação de pensamento por parte dos indivíduos (art. 5º, inciso IV, da Constituição), ou de não violar os direitos destes por motivo de crença (art. 5º, inciso VII, da Constituição). A obrigação de fazer do Estado (*obrigação positiva*), por outro lado, pode ser exemplificada pelo já citado dever de garantir a todos o acesso à educação (art. 205 e seguintes da Constituição).

Conforme se percebe, as obrigações negativas não geram qualquer custo para o Estado, pois, em decorrência destas, este deve apenas se abster de tomar determinadas medidas. As obrigações positivas, por seu turno, geram encargos para o Estado, que terá a obrigação de

realizar atos prestacionais (dispor de recursos financeiros, patrimoniais, operacionais, etc.) para garantir o efetivo direito concedido à sociedade e aos seus integrantes.

Essa distinção é importante, pois, conforme a ciência econômica, a escassez de recursos necessários à sobrevivência humana é um fator condicionante da conduta das sociedades e dos indivíduos, que agem a partir de suas necessidades próprias, em busca dos recursos finitos, necessários não apenas à sua sobrevivência, mas também à satisfação de outras vontades (WONNACOTT; WONNACOTT, 1985, p. 23-25).

Sob essa ótica, os bens podem ser classificados como “livres” ou “econômicos”. Os bens livres são aqueles sobre os quais, por qualquer razão, e em determinado contexto, não se submetem à escassez (como o oxigênio, por ora). Bens econômicos são aqueles dotados de utilidade que sofrem os efeitos da escassez, como diamantes (GALDINO, 2005, p. 159). Importante reparar, ante os exemplos citados, que o elemento que diferencia os bens livres dos bens econômicos não é a importância que se atribui a estes para fins de sobrevivência humana, mas a sua acessibilidade ampla ou restrita. A título elucidativo, percebe-se que, não obstante o oxigênio atmosférico ser mais importante à sobrevivência humana do que os diamantes, a estes é atribuído um valor econômico, enquanto àquele não.

Logo, a escassez é potencializadora de conflitos entre os indivíduos e as sociedades, que lutam para obter maior acesso aos bens econômicos. Por conseguinte, a sociedade e, principalmente, o Estado organizam-se em torno dos recursos disponíveis para direcioná-los e satisfazer, da forma mais adequada possível, as necessidades humanas (GALDINO, 2005, p. 156-157).

Para Galdino (2005, p. 158-159), o potencial conflito em torno dos bens escassos pode ser observado sob vários prismas e, em especial, sob o do agente político e o do Direito. No primeiro caso (sob a ótica do agente político), o conflito envolveria o âmbito da tomada de decisão política, direcionada à solução de um determinado problema de interesse do Estado (a escolha do interesse e os meios para se realizá-lo de modo efetivo). Na segunda hipótese, o conflito envolveria eventualmente um aparente confronto entre direitos.

Sobre essa questão, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.185.474-SC, de relatoria do Ministro Humberto Martins, consolidou o seguinte entendimento:

[...] CONSTITUCIONAL. ACESSO À CRECHE AOS MENORES DE ZERO A SEIS ANOS. DIREITO SUBJETIVO. RESERVA DO POSSÍVEL. TEORIZAÇÃO E CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO COMO TESE ABSTRATA DE DEFESA. ESCASSEZ DE RECURSOS COMO O RESULTADO DE UMA DECISÃO POLÍTICA. PRIORIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. CONTEÚDO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ESSENCIALIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 1. A tese da reserva do possível assenta-se em ideia de que, desde os romanos, está incorporada na tradição ocidental, no sentido de que a obrigação impossível não pode ser exigida (*Impossibilium nulla obligatio est* - Celso, D. 50, 17, 185). Por tal motivo, **a insuficiência de recursos orçamentários não pode ser considerada uma mera falácia**. 2. Todavia, observa-se que **a dimensão fática da reserva do possível é questão intrinsecamente vin-**

culada ao problema da escassez. Esta pode ser compreendida como “sinônimo” de desigualdade. Bens escassos são bens que não podem ser usufruídos por todos e, justamente por isso, devem ser distribuídos segundo regras que pressupõe o direito igual ao bem e a impossibilidade do uso igual e simultâneo. 3. Esse estado de escassez, muitas vezes, é resultado de um processo de escolha, de uma decisão. Quando não há recursos suficientes para prover todas as necessidades, a decisão do administrador de investir em determinada área implica escassez de recursos para outra que não foi contemplada. A título de exemplo, o gasto com festividades ou propagandas governamentais pode ser traduzido na ausência de dinheiro para a prestação de uma educação de qualidade. 4. É por esse motivo que, em um primeiro momento, a reserva do possível não pode ser oposta à efetivação dos Direitos Fundamentais, já que, quanto a estes, não cabe ao administrador público preterí-los em suas escolhas. Nem mesmo a vontade da maioria pode tratar tais direitos como secundários. [...] 5. Com isso, observa-se que a realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador. Não é por outra razão que se afirma que a reserva do possível não é oponível à realização do mínimo existencial. 6. O mínimo existencial não se resume ao mínimo vital, ou seja, o mínimo para se viver. O conteúdo daquilo que seja o mínimo existencial abrange também as condições socioculturais, que, para além da questão da mera sobrevivência, asseguram ao indivíduo um mínimo de inserção na “vida” social. 7. Sendo assim, não fica difícil perceber que, dentre os direitos considerados prioritários, encontra-se o direito à educação. O que distingue o homem dos demais seres vivos não é a sua condição de animal social, mas sim de ser um animal político. É a sua capacidade de relacionar-se com os demais e, por meio da ação e do discurso, programar a vida em sociedade. 8. A consciência de que é da essência do ser humano, inclusive sendo o seu traço característico, o relacionamento com os demais em um espaço público - onde todos são, in abstracto, iguais, e cuja diferenciação se dá mais em razão da capacidade para a ação e o discurso do que em virtude de atributos biológicos - é que torna a educação um valor ímpar. No espaço público, em que se travam as relações comerciais, profissionais, trabalhistas, bem como onde se exerce a cidadania, a ausência de educação, de conhecimento, em regra, relega o indivíduo a posições subalternas, o torna dependente das forças físicas para continuar a sobreviver e, ainda assim, em condições precárias. 9. Eis a razão pela qual o art. 227 da CF e o art. 4º da Lei 8.069/90 dispõem que a educação deve ser tratada pelo Estado com absoluta prioridade. No mesmo sentido, o art. 54 do Estatuto da Criança e do Adolescente prescreve que é dever do Estado assegurar às crianças de zero a seis anos de idade o atendimento em creche e pré-escola. Portanto, o pleito do Ministério Público encontra respaldo legal e jurisprudencial. Precedentes: REsp 511.645/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 27.8.2009; RE 410.715 AgR / SP - Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 22.11.2005, DJ 3.2.2006, p. 76. 10. Porém, é preciso fazer uma ressalva no sentido de que, mesmo com a alocação dos recursos no atendimento do mínimo existencial, persista a carência orçamentária para atender a todas as demandas. Nesse caso, a



escassez não seria fruto da escolha de atividades não prioritárias, mas sim da real insuficiência orçamentária. Em situações limítrofes como essa, não há como o Poder Judiciário imiscuir-se nos planos governamentais, pois estes, dentro do que é possível, estão de acordo com a Constituição, não havendo omissão injustificável. 11. Todavia, a real insuficiência de recursos deve ser demonstrada pelo Poder Público, não sendo admitido que a tese seja utilizada como uma desculpa genérica para a omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, principalmente os de **cunho social**. No caso dos autos, não houve essa demonstração. Precedente: REsp 764.085/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 1º.12.2009, DJe 10.12.2009. (BRASIL, 2010b, *online*, grifo nosso).

Ou seja, o Poder Judiciário brasileiro tem entendido que o Estado não pode deixar de assegurar direitos fundamentais à sociedade, em decorrência de opções políticas, ressalvadas as hipóteses em que haja, verdadeiramente, carência orçamentária que resulte na impossibilidade de se realizar tais direitos. Entretanto, situações em concreto não se revelam assim tão simples.

Imagine-se que, em uma determinada comunidade, haja, ao mesmo tempo, a necessidade de construção de um hospital, de um lado, e, de outro, a necessidade de instalação de uma escola de ensino pré-escolar. Inexistindo provisão de fundos suficientes para atender a ambas as demandas, surge um conflito entre o direito fundamental à saúde (art. 196 da Constituição Federal) e o direito fundamental à educação (art. 205 da Constituição Federal). O agente político, nesse caso, será obrigado a tomar uma decisão que, em seu julgamento, atenda melhor aos anseios da sociedade. Em muitas situações, seja qual for a solução (isto é, ainda que seja a melhor, ou a mais justa, ou a que atende ao maior número), é uma opção trágica, que gera o sacrifício daquilo que não foi escolhido (GALDINO, 2005, p. 159).

Considerando-se o fato de que a eventual escassez de recursos pode resultar na impossibilidade de realização simultânea e extensiva de todos os direitos sociais, de modo que alguns devam ser priorizados em detrimento de outros, resta o impasse de como o Estado deve atuar com o fim de proporcionar à sociedade a efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Conforme se infere de dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), houve uma expansão significativa na estrutura de ensino pré-escolar no Município de Belo Horizonte, entre os anos de 2005 e 2015:

DADOS ESTATÍSTICOS PRÉ-ESCOLA EM BELO HORIZONTE/MG (Crianças de 0 a 5 anos de idade)			
Ano	N. de Matrículas	N. de Docentes	N. de Escolas
2005	10.874	801	67
2009	15.212	997	78
2012	14.900	948	89
2015	17.558	1.312	131

Quadro 1 - Dados estatísticos pré-escola em Belo Horizonte/MG  
Fonte: (IBGE, 2017).

Os investimentos realizados, entretanto, não foram suficientes para suprir a demanda social, algo que pode ser facilmente averiguado pelo crescente número de processos judiciais ajuizados por pais insatisfeitos com a impossibilidade de matricular seus filhos menores de cinco anos na pré-escola.

O contexto narrado, portanto, apresenta fortes evidências de que a política pública adotada pelo Município de Belo Horizonte para garantir acesso de todos ao ensino básico de qualidade não está sendo suficiente para alcançar os objetivos almejados, pelo que se mostra pertinente a adoção de outras medidas, complementares àquelas que vêm sendo implementadas, que possam contribuir para o atendimento dos legítimos anseios sociais, assegurados pela Constituição Federal como direitos subjetivos e não meramente como expectativas. A premência de se utilizar de outros meios para se concretizar o mencionado fim revela-se ainda mais urgente, tendo em vista os prejuízos que podem advir da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, como no caso em análise.

#### **4 PLANEJAMENTO E POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIOS DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO ENSINO INFANTIL DE BOA QUALIDADE**

De acordo com Washington Peluso Albino de Souza, o planejamento, pode, sucintamente, ser definido como “uma “técnica” de intervenção do Estado no domínio econômico.” (SOUZA, 2005, p. 371). Mas, para o autor, é necessário realizar uma diferenciação entre “planejamento” e “plano”:

O primeiro, que em certos idiomas se denomina apenas “Planificação”, constitui o “ato de planejar”, e prende-se essencialmente à ideia de racionalizar o emprego de meios disponíveis para deles retirar os efeitos mais favoráveis. Seu conceito está intimamente ligado ao sentido do que seja o “econômico”, visto como este traduz o intuito de obter a “maior vantagem” do emprego de meios escassos, para a sua consecução. Levada adiante a ideia da “planificação” como “ação de planejar”, poderemos esmiuçar mais o sentido do termo “Planejamento” e atribuir-lhe ligação íntima com a adoção de “planificação”, isto é, a “determinação” (já de natureza política) de se aplicar a “planificação” como método de intervir, ou seja, de concretizar a intervenção do Estado no domínio econômico. Neste caso, “plano” é o documento, a “peça técnica” decorrente da “ação de planejar”, da “planificação”, quando se adota a orientação político-econômica de “intervenção” pelo “Planejamento”. (SOUZA, 2005, p. 372).

Por intermédio do planejamento, a Administração Pública busca obter maior vantagem no emprego dos recursos escassos. Para tanto, traça-se o caminho que deve ser percorrido, pela adoção de medidas coordenadas que culminarão no alcance eficiente de determinada finalidade.

A materialização do planejamento, por parte do Estado, dá-se mediante a adoção de políticas públicas, direcionadas ao alcance da finalidade almejada. As Políticas Públicas podem ser definidas como:

[...] um conjunto de decisões inter-relacionadas, tomadas por um ator ou grupo de atores políticos, e que dizem respeito à seleção de objetivos e dos meios necessários para alcançá-los, dentro de uma situação específica em que o alvo dessas decisões estaria, em princípio, ao alcance desses atores. (JENKINS apud HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 8).

Esse processo de compatibilização de objetivos e meios tem duas dimensões, sendo elas a “técnica” e a “política”. A dimensão técnica, de caráter mais científico-objetiva, procura identificar a relação ótima entre objetivos e instrumentos, considerando-se que alguns instrumentos são mais adequados do que outros na solução ou minimização de problemas. A segunda dimensão, de natureza política, reside no fato de que nem todos os atores estão de acordo com o que constitui um problema político, apto a ser solucionado por uma política pública (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 6).

Portanto, para que uma política pública seja efetivamente adotada e implementada, não basta que, sob o ponto de vista técnico, ela seja adequada. Para que isso ocorra, é necessário que os agentes políticos, responsáveis pela tomada de decisão em nome do Estado, decidam nesse sentido. O que muitas vezes acontece nessa seara são embates ideológicos entre os agentes políticos, que, em vez de efetivamente se utilizarem de medidas tecnicamente adequadas, acabam optando por outros meios menos apropriados do ponto de vista do plano, que, em tese, garantiriam a eficiência do planejamento.

Para fins analíticos, a política pública pode ser vista como um processo, composto pelos seguintes estágios:

- a) montagem da agenda;
- b) formulação de políticas;
- c) tomada de decisão política;
- d) implementação de políticas;
- e) avaliação de políticas e;
- f) manutenção, revisão ou cancelamento da política pública.

Esse modelo, apesar de não ser absoluto, auxilia o desdobramento do processo político-administrativo em uma série de estágios distintos, dotados de maior complexidade (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 16).

Destaca-se, pela especificidade do tema abordado neste artigo, que a política pública realizada em âmbito local tem ainda especial relevância para a população que é imediatamente interessada em solucionar um problema cotidianamente vivenciado. A inacessibilidade ao ensino infantil de boa qualidade, característica marcante no Brasil, tem sido amenizada em Belo Horizonte por intermédio das UMEIs. Ao tratar do tema de políticas públicas no nível municipal da Federação, Calgaro e Pereira assentam a afirmação da autonomia dos municípios para tratar de seus problemas:

As políticas públicas no espaço local são importantes para que a sociedade possa solver seus problemas de forma mais harmônica e consensual, visto que os indivíduos conhecem bem seus problemas. Dessa forma, quando se analisa o espaço local, percebe-se que vai proporcionar autonomia à população, permitin-

do que os cidadãos possam participar da tomada de decisões em seu Município (CALGARO; PEREIRA, 2017, p. 291).

Tendo em vista que o presente estudo não objetiva analisar de forma pormenorizada os procedimentos e elementos que compõem a formulação de políticas públicas, mas tão somente sugerir meios capazes de contribuir para a solução de um problema corrente no Município de Belo Horizonte (universalização do ensino infantil de qualidade), buscar-se-á demonstrar as questões relacionadas à inclusão da matéria na agenda do Município, bem como apresentar uma proposta para formulação de política pública apta a contribuir para a solução do problema.

#### 4.1 MONTAGEM DA AGENDA

John Kingdon, de acordo com Howett, Ramesh e Perl, em pesquisa datada de 1984 sobre os estágios do ciclo de políticas públicas nos Estados Unidos, define a agenda como

[...] a lista das questões ou problemas que recebem alguma atenção séria, em algum dado momento, por parte dos funcionários do governo e das pessoas de fora do governo que estão próximas a estes funcionários... Do conjunto de todas as questões ou problemas concebíveis, aos quais os funcionários poderiam estar voltando sua atenção, na realidade prestam séria atenção apenas a alguns, e não a outros. Assim, o processo da montagem da agenda limita esse conjunto de questões concebíveis ao conjunto que de fato se torna foco de atenção (KINGDON *apud* HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 103).

Ou seja, a formulação da agenda trata do procedimento de identificação, por parte dos agentes políticos, dos problemas que demandam atenção do Estado. Ainda de acordo com mencionados autores, Cobb e Elder fizeram uma distinção entre a agenda pública *sistêmica* (ou informal) e a agenda de Estado, *institucional* ou formal. A primeira é composta pelas matérias que, de acordo com a opinião geral dos agentes políticos, merece atenção do Estado. Nesse caso, nenhuma medida é tomada, apesar da identificação do problema. A agenda formal, por seu turno, consiste não apenas na identificação do problema por parte dos agentes políticos, mas sua efetiva inclusão na pauta institucional do governo. Em outras palavras, a agenda pública é voltada à *discussão*, enquanto a institucional, à *ação* (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 113).

No caso em apreço, a questão relacionada à falta de vagas para crianças de zero a cinco anos em escolas municipais de qualidade tem, certamente, causado transtornos à Administração Pública. Isso ocorre porque, em virtude da ausência de vagas em boas escolas infantis, reiteradas decisões judiciais têm sido proferidas para compelir a municipalidade a oferecer vagas nas denominadas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMeIs), em quantidade muito superior àquelas efetivamente disponíveis. O assunto, por conseguinte, é objeto de discussões pelos agentes integrantes do Município com a sociedade, e, logo, pode-se considerar incluído na pauta da agenda informal.

Ao mesmo tempo, por meio dos dados colacionados anteriormente, referentes à estrutura de pré-escolas no Município de Belo Horizonte, percebe-se que houve, nos últimos anos (compreendidos entre 2005 e 2015), uma verdadeira expansão do sistema de ensino infantil, com a abertura de novas escolas (o número de instituições saltou de 67 para 131), acompanhada da contratação de novos professores (o número de docentes passou de 801 para 1.312) e do acréscimo no número de matrículas (o número de alunos elevou-se de 10.874 para 17.558). Esses dados sugerem que a questão está oficialmente incluída na agenda de políticas públicas educacionais do Município, pois este está visivelmente investindo na expansão do seu sistema de educação infantil.

Entretanto, conforme já afirmado anteriormente, as políticas públicas adotadas pelo Município aparentemente não estão surtindo os efeitos necessários ao efetivo atendimento das necessidades sociais. O enorme contingente judicial citado neste estudo, que decorre da insatisfação dos pais que não conseguem vaga para seus filhos em instituição municipal, é um forte indício disto.

Nesse sentido, mostra-se pertinente a análise acerca de eventuais medidas que poderiam ser tomadas no intuito de se formular novas políticas públicas capazes de contribuir para a solução desse problema enfrentado pelo Município de Belo Horizonte.

#### 4.2 INSTRUMENTOS PARA FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

De acordo com Howett, Ramesh e Perl (2013, p. 123), “a formulação da política pública refere-se ao processo de criação de opções sobre o que fazer a respeito de um determinado problema público.” Nessa etapa do processo, “faz-se a identificação, o refinamento e a formalização das opções políticas que poderão resolver as questões e os problemas reconhecidos no estágio de montagem da agenda.” (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 123).

A formulação da política pública deverá levar em consideração, portanto, as restrições que o Estado enfrenta para alcançar o seu objetivo. Essas limitações podem ser classificadas como *procedimentais* ou *substantivas*. A primeira ordem de restrições está relacionada à forma de proceder no intuito de solucionar determinado problema. Isso, pois, certas ações podem ser vedadas ou inacessíveis ao Estado, em decorrência de estruturação governamental, sistemas políticos, legislação, dentre outros. Quanto às limitações *substantivas*, ensinam Howett, Ramesh e Perl:

As restrições *substantivas* são inerentes à natureza do próprio problema. Assim, os *policy-makers* que desejam eliminar a pobreza não têm a opção de imprimir moeda e distribuí-la aos pobres, porque a inflação compensaria todos os ganhos e, por isso, têm que, necessariamente, enfrentar o problema de maneira mais indireta. De modo similar, o objetivo de promover excelência nas artes ou nos esportes não será alcançado simplesmente com a ordem de que as pessoas sejam os melhores artistas ou esportistas do mundo; a perseguição desses objetivos requer medidas muito mais delicadas, dispendiosas e consumidoras de tempo. [...]

Os problemas substantivos são, portanto, “objetivos”, no sentido de que sua redefinição não os faz desaparecer, e sua resolução total ou parcial requer o uso de recursos e capacidades do Estado, como dinheiro, informação, pessoal e/ou o exercício da autoridade estatal (HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 126) .

No caso do Município de Belo Horizonte, tem-se percebido um indício de restrição *substantiva*, no que tange à criação de vagas em escolas infantis suficientes para suprir a demanda da sociedade. Não obstante os progressivos aumentos de investimentos que vêm sendo realizados no setor da educação infantil, inclusive por meio de Parceria Público-Privada, o volume de ações judiciais continua crescendo em face da municipalidade, que se obriga, de modo reiterado, a cumprir ordens judiciais que não estavam incluídas em seu planejamento fiscal-orçamentário-operacional. Uma maneira mais indireta de enfrentamento do problema, conforme sugerem Howett, Ramesh e Perl, poderia contribuir para o alcance de uma solução.

Conforme já dito, as opções que serão apresentadas como possibilidades de políticas públicas deverão se basear não apenas nos fundamentos tecnicamente aceitáveis para a solução ou minimização do problema, mas, também, naquilo que se acredita ser politicamente aceitável e, ainda, financeira e administrativamente viável. Diante das inúmeras variáveis que podem surgir a partir desses elementos, os agentes políticos, mesmo que identifiquem conjuntamente a existência de determinado problema, podem discordar acerca das medidas que devam ser tomadas para se alcançar uma solução.

No estágio da formulação, portanto, serão realizadas propostas por parte dos agentes políticos, para escolha das ações que serão direcionadas à solução de determinado problema incluído na agenda. Nessa etapa, além do diagnóstico do problema (já feito na fase anterior), são sugeridos prognósticos para a solução ou a minimização do problema (CUSTÓDIO; OLIVEIRA, 2015). Assim, e apesar de os instrumentos disponíveis para adoção destas ações serem ilimitados, Christopher Hood (apud HOWLETT; RAMESH; PERL, 2013, p. 128) desenvolveu uma taxonomia bastante útil, conhecida como “modelo NATO”, propondo que os instrumentos políticos para solução de problemas se enquadrariam em quatro categorias, sendo:

- a) nodalidade (uso de informações do governo);
- b) autoridade;
- c) tesouro e;
- d) organização.

O esquema de classificação que segue, extraído da obra de Howett, Ramesh e Perl (2013, p. 130), cita alguns exemplos de instrumentos encontrados dentro de cada categoria:

Nodalidade	Autoridade	Tesouro	Organização
Coleta e liberação de informação	Regulação de comando e controle	Verbas e empréstimos	Provisão direta de bens e serviços e empresas públicas
Assessoria e exortação	Autorregulação	Taxas de uso	Recurso à família, à comunidade e a organizações voluntárias
Publicidade	Fixação de padrão e regulação delegada	Impostos e dispêndios de impostos	Criação de mercado
Comissões e investigações	Comissões consultivas e consultorias	Criação e financiamento de grupos de interesse	Reorganização governamental

Quadro 2 - Esquema de classificação

Fonte: Howett, Ramesh e Perl (2013, p. 130).

A formulação de políticas públicas, portanto, implica a seleção das ferramentas que serão potencialmente aptas a solucionar determinado problema político. Considerando que, para solucionar um problema, o Estado pode e, muitas vezes, deve adotar mais de um campo de ação, não se sugerirá, aqui, que o Município de Belo Horizonte deixe de realizar investimentos na expansão do sistema de ensino, por meio de Parceria Público-Privada, na forma como já se tem feito. O que se buscará, por meio deste estudo, é demonstrar a possibilidade de adoção de novas ferramentas aptas a contribuir com a política pública já em andamento.

Tendo em vista que o objetivo deste estudo não é o de discorrer acerca das ferramentas enquadradas dentro de cada uma das categorias do “modelo NATO”, sugerirá três instrumentos a serem utilizados, na tentativa de se contribuir para a solução enfrentada pelo Município de Belo Horizonte, sendo eles:

- a) na categoria *tesouro*, a utilização de verbas direcionadas à sociedade;
- b) na categoria *autoridade*, a utilização da regulação de comando e controle e;
- c) na categoria *nodalidade*, a coleta e liberação de informação.

Adiante, este estudo buscará aprofundar-se no âmbito dos instrumentos acima elencados, para, na categoria *tesouro*, propor a utilização de *vouchers* como instrumento complementar às políticas públicas já implementadas; na categoria *autoridade*, utilizar de seu poder fiscalizatório para averiguar a regularidade na utilização da política proposta; e, na categoria *nodalidade*, criar programas de conscientização dos pais, acerca da importância da participação ativa no aprendizado dos filhos.

#### 4.3 DA PROPOSTA DE FORMULAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Atualmente, os critérios de seleção para o ingresso nas UMEIs, especificamente para crianças de zero a três anos, são os seguintes: a) a matrícula é compulsória para crianças com

deficiência ou sob medida protetiva; e b) do restante das vagas: 70% são preenchidas, por ordem de classificação, pelas crianças pertencentes a famílias em situação de vulnerabilidade social; 10% das vagas são preenchidas por meio de sorteio entre as famílias cujo endereço de residência ou do trabalho dos pais esteja no raio de até um quilômetro da unidade e 20% são preenchidas por sorteio público, no qual participarão todas as crianças não incluídas nos critérios anteriores (BELO HORIZONTE, 2015).

Conforme se percebe, o Município de Belo Horizonte, ao estabelecer os critérios de seleção para o ingresso nas escolas infantis, já incluiu a hipótese de as crianças estarem sob medidas protetivas, ou seja, os agentes públicos estão a reconhecer, formalmente, a possibilidade de haver crianças resguardadas por decisões judiciais. Desse modo, embora os demais critérios eleitos para seleção das vagas sejam coerentes, por privilegiarem as crianças com deficiência, as famílias menos favorecidas e aquelas que vivem nos arredores de cada instituição, estes acabam sendo prejudicados, por força das ações judiciais ajuizadas por pais de crianças que não se enquadram nos critérios fixados.

Considerando que as famílias com poderio econômico social reduzido não têm acesso, muitas vezes, a um advogado, o problema se mostra ainda mais grave, pois os reais necessitados de um ensino público gratuito perdem a prioridade da sua admissão nas UMEIs, em favor de famílias que, muitas vezes, teriam condições de arcar com um ensino privado de qualidade.<sup>6</sup>

Nesse sentido, até que houvesse um número suficiente de vagas em UMEIs, capazes de atender a toda a sociedade, com o desenvolvimento da política de Parceria Público-Privada já implantada, o Município poderia adotar outros mecanismos que contribuíssem para a universalização do ensino infantil gratuito e de qualidade.

Antes de se abordar, a título de exemplificação, duas propostas de políticas públicas de acessibilidade ao ensino fundamental, frisa-se que a Constituição, em seu artigo 208, inciso IV, estabelece que o Estado tem o dever não de prestar, por si mesmo, o serviço escolar às crianças de até cinco anos, mas o dever de garantir a educação infantil. Ao mesmo tempo, a Constituição dispõe, em seu artigo 209, que o ensino é livre à iniciativa privada, desde que cumpridas as normas gerais aplicáveis e, ainda, que as instituições sejam avaliadas e autorizadas pelo Poder Público a funcionar.

Dito isso, convida-se o leitor a refletir a respeito de algumas possibilidades para se desenvolver a sinergia entre os entes públicos e privados, de forma a criar um sistema colaborativo que funcionaria em prol tanto da coletividade quanto do indivíduo. Ressalta-se que este estudo não tem o condão de defender doutrinas ou convicções político-ideológicas ou político-partidárias, mas tão somente buscar contribuir para o debate acerca de métodos de universalização do acesso ao ensino infantil de qualidade como elementos de política pública, ainda que transitórias.

Uma proposta que representa verdadeiro tabu ideológico, com relação à universalização do ensino, é aquela consistente no denominado sistema de *vouchers*, sugerida pelo economista norte-americano Milton Friedman, vencedor do Prêmio Nobel de Economia em 1976. De



acordo com o sistema originalmente proposto, o Estado seria responsável por arcar integralmente com todos os custos decorrentes da educação, por meio de subsídios fornecidos aos pais das crianças, que, por sua vez, seriam os responsáveis por escolher alguma instituição privada para matricular os seus filhos (FRIEDMAN, 1977).

Nesse cenário, os pais receberiam os *vouchers* do Estado e os utilizariam para pagar a escola privada em que seus filhos estivessem matriculados. A instituição de ensino, por seu turno, poderia trocar esses *vouchers* por dinheiro, junto ao Estado. Os *vouchers* seriam, desse modo, como “cartas de crédito”. Argumenta-se que, nos moldes do sistema sugerido, os pais, por terem o poder de escolha com relação a qual instituição de ensino irão escolher para seus filhos, seja ela pública, seja privada, tenderiam a optar por aquilo que fosse do melhor interesse das crianças (FRIEDMAN, 1977).

No Brasil, entretanto, não existe consenso a respeito da adoção desse sistema. Para parte da doutrina, o acesso universal à educação é, por princípio, um dever do Estado, o que excluiria a atuação privada nesse setor. Antonio Ibañez Ruiz, ex-secretário Nacional de Educação Profissional e Tecnológica do Ministério da Educação (2003 a 2005), na presidência de Luiz Inácio Lula da Silva, afirma que o sistema de *vouchers* seria, inclusive, inconstitucional, exatamente sob o argumento de que a prestação do serviço de ensino seria uma obrigação do próprio Estado (LOPES, 2003).

Há, também, pensadores adeptos do modelo liberal que não concordam com a proposta sob análise. Para estes, a adoção de *vouchers* resultaria em um efeito nefasto sobre o sistema de ensino privado, pois este se tornaria refém do Estado e da burocracia, que teriam controle sobre os pagamentos devidos (ROCKWELL, 2014). As escolas privadas, portanto, tenderiam a se tornar públicas e perder qualidade. Paulo Renato Souza, ex-ministro da Educação na presidência de Fernando Henrique Cardoso (1995-2003), argumentou, em entrevista, que a ideia dos *vouchers* não funcionaria e que o problema das escolas públicas ruins decorreria, geralmente, da falha de gestão (LOPES, 2003).

Os conflitos de ideias que pairam ao redor do tema, portanto, tornam bastante delicadas as eventuais decisões políticas tomadas no sentido de adotar o sistema de *vouchers* na escola. Entretanto, se se considerasse que o interesse fundamentado em ambas as vertentes de pensamento residiria na universalização e na qualidade do ensino, uma reflexão mais aprofundada a respeito do tema, buscando-se se apegar apenas aos pontos positivos de cada uma, mostra-se academicamente apropriada.

Com relação às críticas direcionadas à possibilidade de declínio da qualidade do ensino, em decorrência do sistema de *vouchers*, algumas medidas poderiam ser tomadas, no intuito de mitigar eventuais riscos. Conforme descrito na própria Constituição Federal, em seu artigo 209, existem determinadas condições a serem estabelecidas em lei que devem ser preenchidas para que uma instituição de ensino privado funcione no Brasil; condições que devem ser fiscalizadas permanentemente pelo governo, com o auxílio da sociedade. Ademais, outros requisitos poderiam ser instituídos para aquelas escolas que recebam alunos beneficiados pelo

sistema proposto, como limite máximo de alunos por turma, limite mínimo de professores para determinada quantidade de alunos, limite mínimo de salas de aulas em cada escola em relação ao número de alunos, exigência de contratação mínima de professores com uma determinada certificação, dentre outras.

Quanto à qualidade do sistema de ensino, campanhas de conscientização poderiam ser lançadas para cientificar os pais dos alunos acerca da importância de se acompanhar os filhos na escola. Isso contribuiria para a geração de um sistema sustentável, em que os pais, munidos de conhecimento e incentivo conferidos pelo Estado, auxiliariam na fiscalização do sistema de ensino no qual seus filhos estariam inseridos. Além do mais, caso as escolas privadas começassem a decair no nível de qualidade, os pais teriam sempre a prerrogativa de escolher uma nova escola para seus filhos, alternativa que, no sistema de escolas públicas, muitas vezes, não seria possível. Nesse caso, a eventual concorrência por boas escolas tenderia a manter a qualidade do ensino por elas oferecido. Ainda com relação à importância de conscientização dos pais acerca do método proposto, esclarecedora a posição de Soo-Hyang Choi (2004, p. 23): “A vantagem da alternativa ‘apoio aos pais’ é que ela confere liberdade aos pais de escolherem o que é melhor para seus filhos. Mas se a escolha dos pais não for adequadamente orientada, pode-se ter como consequência o mau uso do apoio governamental.”

A respeito da crítica consistente em eventual engessamento, pela burocracia estatal, do sistema de ensino privado, uma alternativa ao modelo de *vouchers* se apresenta como subsídio indireto da educação: em vez dos *vouchers*, os pais das crianças receberiam dinheiro do Estado, para custear o ensino de seus filhos.

Tanto o modelo de concessão de *vouchers* quanto o da entrega de dinheiro aos pais dos alunos poderiam ser medidas transitórias até que o ente estatal consiga universalizar o acesso ao ensino público. Mas poderiam, ainda, se tornarem medidas acessórias a título alternativo para determinadas situações a serem debatidas com a sociedade.

No Brasil, os governos federais dos últimos 20 anos adotaram políticas públicas que, guardadas as particularidades, se assemelham àquelas que foram acima analisadas.

A título de ilustração, o Governo Federal, sob o Partido dos Trabalhadores (2003 a 2016), instituiu o programa denominado Bolsa Família, destinado a combater a pobreza e a desigualdade social no país. Por meio desse programa, ainda em vigor, os indivíduos que comprovarem, mediante preenchimento de determinados requisitos, a condição de pobreza, recebem uma complementação mensal de renda. Em igual sentido, e, no caso do subsídio indireto escolar que ora se analisa, os pais das crianças, para receberem o benefício, teriam de demonstrar, por exemplo, ter filhos de até determinada idade e, ainda, a matrícula e o acompanhamento escolar destes.

Conforme disposição da Lei n. 10.836, de 2004 (art. 1º e Parágrafo único) (BRASIL, 2004), o Bolsa Família é resultado da unificação de programas anteriores, denominados Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso à Alimentação (PNAAL), Bolsa Alimentação e Programa Auxílio-Gás. O Bolsa Família, entretanto, descomplicou o sistema, ao consolidar

o benefício em um simples repasse de fundos aos indivíduos em situação de pobreza, que, à sua própria discrição, podem utilizá-los para seu sustento. Por meio desse programa de promoção da equidade socioeconômica, a União, em parceria com os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, em doze anos de trabalho, conseguiu retirar 36 milhões de pessoas da pobreza extrema, conforme se infere do sítio eletrônico do Portal Brasil (BRASIL, 2015).

O que se verifica, portanto, no caso de auxílio direto à educação (quer por meio de concessão de *vouchers* ou da entrega de valor monetário em espécie), é descomplicar o sistema de acesso universal ao ensino – no caso, o da municipalidade de Belo Horizonte –, permitindo-se aos pais das crianças que recebam fundos do ente estatal que os habilite escolher as escolas que julgarem ser mais adequadas para os seus filhos, quer a título transitório ou até permanente em algumas situações. Isso reduziria o efeito negativo do excesso das demandas judiciais e da inadequada realização indireta de política pública pelo Poder Judiciário.

Concomitantemente, a adoção de medida dessa natureza poderia ter o efeito positivo de reduzir encargos estatais com a manutenção ou a ampliação do aparelho governamental, sem o adequado planejamento. Certo, porém, é que, nesse contexto, a função fiscalizadora do Estado quanto à observância das regras de qualidade da prestação do serviço de educação, pela iniciativa privada, deve ser aprimorada.

Sem embargo das inúmeras críticas que são realizadas a esse sistema, importante reparar que o Município de Belo Horizonte, ao adotar a política de Parceria Público-Privada na criação das UMEIs, vem conseguindo alcançar um alto nível de qualidade na prestação do serviço de educação infantil, com avanços significativos na sua universalização. A crescente quantidade de demandas judiciais visando ao acesso a esse tipo de ensino tem sido fundamentada pelo reconhecimento dessa qualidade por parte da sociedade e das insituições estatais (Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia Pública e Poder Judiciário). O exemplo de Parceria Público-Privado adotado no sistema das UMEIs vem demonstrando que os entes privados e estatais podem trabalhar lado a lado, em sinergia, de forma a gerar eficiência administrativa na boa prestação de serviços públicos para a sociedade.

Não se defende, neste estudo, e sob nenhum argumento constitucionalmente plausível, a extinção da rede pública de ensino infantil, mas tão somente uma política pública complementar, que contribua para a universalização do ensino infantil de qualidade. Assim, o Município poderia, temporariamente, conferir aos pais de alunos que não conseguissem as almejadas vagas nas UMEIs, a alternativa de receber, mensalmente, o subsídio indireto para educação de seus filhos. Apenas os pais que não aceitassem essa alternativa recorreriam ao Poder Judiciário, algo que, por si só, já contribuiria para a diminuição do contingente judicial e, principalmente, para uma maior satisfação dos interesses sociais na busca pela universalização do direito ao ensino com qualidade.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo deste estudo, o direito fundamental à educação é oponível ao Estado e deve, portanto, ser prestado a todos. Considerando que esse direito tem natureza prestacional primária, a sua concretização depende de marcos regulatórios e de adoção de políticas públicas bem planejadas, sob pena de ineficiência quanto à garantia de sua acessibilidade universal e de sua qualidade.

No caso em estudo, o Município de Belo Horizonte, por meio de Parceria Público-Privada, instituiu o sistema de educação básica realizado nas Unidades Municipais de Educação Infantil (UMEIs), para crianças entre zero e cinco anos de idade. O referido sistema, que vem sendo progressivamente ampliado em sua acessibilidade, tem revelado alta qualidade na prestação do serviço de educação infantil.

Entretanto, o sistema ainda não consegue suprir toda a demanda da sociedade, observados os critérios para nele ingressar. Por conseguinte, a municipalidade vem sendo ré em diversas ações judiciais que pleiteiam o acesso às UMEIs, com ganho de causa para os pais e outros responsáveis legais. Contudo, a excessiva judicialização tem comprometido o planejamento fiscal, contábil e operacional do Município. Nesse sentido, discute-se, neste trabalho, alternativas de políticas públicas, além da simples expansão direta do sistema de ensino, que poderiam ser adotadas, de modo temporário ou até permanente, no intuito de contribuir para minimizar o problema de acesso ao ensino infantil de qualidade.

Uma forma de contribuir para a solução ou minimização do problema seria a criação de um programa de subsídio indireto da escola, em que os pais de alunos que preenchessem determinados requisitos receberiam, mensalmente, um valor em dinheiro, a ser direcionado ao custeio do ensino de seus filhos em instituições privadas. Concomitantemente, o Município teria tempo e condições para planejar e implementar, de modo sustentável, a expansão do seu sistema de ensino infantil. Ademais, a municipalidade aprimoraria os meios de fiscalização das escolas privadas onde os pais tivessem matriculado os seus filhos e propiciaria a realização de políticas públicas de conscientização dos pais na verificação da qualidade do ensino oferecido em tais escolas.

Assim, a hipótese apresentada na introdução como medida transitória ou permanente – a concessão de subsídio para o custeio da educação infantil – fica confirmada. Essa iniciativa poderia ser instrumento de política pública transitória ou permanente para que a municipalidade pudesse estender o acesso à educação ou pelo menos até que tivesse tempo e condições financeiro-administrativas para viabilizar a criação de novas escolas ou de novas vagas nas UMEIs, de modo planejado e sustentável.

Essa alternativa, que criaria uma relação sinérgica entre os agentes públicos e privados, poderia, ao menos, favorecer a redução do contingente processual contra o Município, de modo a viabilizar a expansão planejada e sustentável do sistema de ensino infantil, por meio de Parceria Público-Privada, conforme já vem sendo feito de modo satisfatório no quesito da qualidade do serviço prestado.

## PUBLIC POLICY AND THE RIGHT TO GOOD QUALITY CHILDHOOD EDUCATION: THE SITUATION OF UMEIs IN THE MUNICIPALITY OF BELO HORIZONTE

### ABSTRACT

The article focuses on the difficulty faced by the municipality of Belo Horizonte - State of Minas Gerais, Brazil - to ensure universal access to quality childhood education in its UMEIs - Municipal Infant Education Units, which has caused a great deal of lawsuits against the municipality, rendering the proper administrative management of the matter unfeasible. It is in this context that the study suggests adopting “school subsidy” as a complementary public policy to solve or reduce the negative effects of the situation, on a transitional or permanent basis. An analytical-descriptive methodology was used in the paper, with the support of legal dogmatic methods and the presentation of statistical data, as well as reference to legislation, case-law and legal studies. Universal access to good quality childhood education as a fundamental right and human right to be provided by the State, with the collaboration of the private sector, is the structuring theoretical framework on which the article is built. From such point, the paper addresses the issue of costs for the implementation of educational entitlements and the need for public policies that extend good childhood schools in a sustainable way.

**Keywords:** Childhood education. Elementary school. Right to Education. Universalization of the Right to Education. Public policies in education.

## POLÍTICA PÚBLICA Y DERECHO A LA EDUCACIÓN INFANTIL DE BUENA CALIDAD: LA SITUACIÓN DE LAS UMEIs EN LA MUNICIPALIDAD DE BELO HORIZONTE

### RESUMEN

El tema del artículo se centra en la dificultad de la municipalidad de Belo Horizonte – estado de Minas Gerais, Brasil – en asegurar la universalización del acceso a la enseñanza infantil de calidad en sus Unidades Municipales de Educación Infantil (UMEIs), lo que ha causado grande volumen de acciones judiciales contra la municipalidad, lo que inviabiliza la adecuada gestión administrativa de la cuestión. En ese contexto, el estudio sugiere la adopción del “subsídio escolar” como política pública complementar, a título transitorio o permanente, para solucionar o reducir los efectos negativos de la situación. En la elaboración del artículo, se utilizó la metodología analítico-descriptiva del problema fáctico-jurídico, con el apoyo de métodos jurídico-dogmáticos y con la presentación de datos estadísticos, además de la consulta a la legislación, a la jurisprudencia y a la doctrina. El artículo tiene como marco teórico estructurante el acceso universal a la enseñanza infantil de buena calidad como derecho fundamental y derecho

humano a ser viabilizado por el Estado, con la colaboración de la iniciativa privada. A partir del marco teórico, se aborda la cuestión de los costos para la implementación de los derechos prestacionales primarios y de la necesidad de adopción de políticas públicas que contribuyan, de modo sustentable, para la ampliación del acceso a las escuelas infantiles de calidad.

**Palabras-clave:** Enseñanza infantil. Enseñanza fundamental. Derecho a la educación. Derechos prestacionales primarios. Universalización del derecho a la educación. Políticas públicas en educación.

- 
- 1 Declaração Universal dos Direitos Humanos: [...] Artigo XXVI, §1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, está baseada no mérito. §2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. §3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos. (OHCHR, 1948).
  - 2 Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979), Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), dentre outras.
  - 3 O serviço experimental começou em 1972 para crianças (desde bebês até 5 anos) de famílias de baixa renda. O estudo de impacto acompanhou 112 crianças do projeto e mediu seu desenvolvimento e realizações em diferentes idades dos 8 aos 21 anos.
  - 4 À época em que as decisões foram tomadas, o Estatuto da Criança e do Adolescente determinava que o atendimento em creche e pré-escola era obrigatório às crianças de até seis anos de idade. O diploma legal foi alterado, todavia, pela Lei nº 13.306, de 4 de julho de 2016, passando a garantir o ensino infantil às crianças de até cinco anos de idade.
  - 5 Alguns precedentes do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: 1.0024.06.929596-2/002; 1.0024.11.307827-3/001; 1.0145.13.066969-3/001; 1.0145.14.020363-2/001; 1.0521.13.006996-1/002; 1.0024.04.407745-1/001; 1.0024.09.737176-9/002; 1.0024.11.044187-0/002; 1.0024.11.062949-0/002; 1.0024.12.132139-2/002; 1.0024.12.227871-6/001; 1.0024.13.169718-7/002; 1.0105.11.029460-7/002; 1.0105.13.005380-1/001; 1.0145.13.060374-2/003; 1.0151.10.003366-2/001; 1.0194.13.000898-1/002; 1.0245.12.000559-1/002; 1.0290.05.025636-8/001; 1.0324.12.006962-4/002; 1.0324.14.004900-2/002; 1.0377.13.001901-3/001; 1.0024.15.209676-4/001.
  - 6 Em referência às UMEIs, Mayrce Freitas, gerente de Coordenação da Educação Infantil da Prefeitura de Belo Horizonte, afirma que “a procura aumenta em função do reconhecimento da qualidade do ensino que é ofertado. [...] a procura tem aumentado principalmente em regiões mais favorecidas. As listas de pretendentes a vagas são grandes, e a procura da classe média é maior do que nas áreas mais vulneráveis.” (FERREIRA; KIEFER, 2016, *online*).

## REFERÊNCIAS

BELO HORIZONTE (Município). Câmara Municipal. **Lei Orgânica do Município de Belo Horizonte**. 1990. Disponível em: <<https://www.cmbh.mg.gov.br/atividade-legislativa/pesquisar-legislacao/lei-organica>>. Acesso em: 19 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 239/2016 da SMED – Secretaria Municipal de Educação do Município de Belo Horizonte, de 10 de agosto de 2015. Dispõe sobre as diretrizes e procedimentos para a organização do processo de inscrição e preenchimento de vagas para as faixas etárias de

0 a 3 anos para o ano de 2017. **Diário Oficial do Município**, 10 ago. 2015. Disponível em: <<http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1167005>>. Acesso em: 1 jul. 2017.

\_\_\_\_\_. Sítio eletrônico da Prefeitura de Belo Horizonte. PBH adota sistema de Parceria Público-Privada e amplia atendimento na educação municipal. Disponível em: <<http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/contents.do?evento=conteudo&idConteudo=117978&chPlc=117978>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 28 jun. 2017.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Presidência da República**, Brasília, DF, 20 dez. 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, 9 jan. 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.836.htm)>. Acesso em: 7 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.185.474-SC. Relator: Min. Humberto Martins. Santa Catarina, 20 de abril de 2010. **Diário de Justiça**, 29 abr. 2010b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=1185474&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 510.598. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma. São Paulo, 17 de abril de 2007. **Diário de Justiça**, p. 148, 13 fev. 2008a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22educa%E7%E3o%22+e+%22direito+subjeto%22+e+%22creche%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 577.573/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma. São Paulo, 17 de abril de 2007. **Diário de Justiça**, 6 nov. 2008b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%22educa%E7%E3o%22+e+%22direito+subjeto%22+e+%22creche%22&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 384.201 AgR. Relator: Min. Marco Aurélio, Primeira Turma. São Paulo, 26 de abril de 2007. **Diário de Justiça**, p. 80, ago. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000005439&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 4 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 464.143 AgR. Relator: Min. Ellen Gracie. São Paulo, 15 de dezembro de 2009. **LEXSTF**, v. 32, n. 375, 2010a, p. 161-164 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28464143.NUME.+OU+464143.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zzbuk2o>>. Acesso em: 19 set. 2017.

BRASIL. **Portal Brasil**. **Em 12 anos, Bolsa Família retirou 36 milhões de pessoas da pobreza extrema**. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/em-12-anos-bolsa-familia-retirou-36-milhoes-de-pessoas-da-pobreza-extrema>>. Acesso em: 7 jul. 2017.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. Políticas públicas e cooperação social em John Rawls. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, n. 28, p. 277-302, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/970/547>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

CHOI, Soo-Hyang. **Financiamento da educação infantil: perspectiva internacional**. Brasília: UNESCO Brasil, 2004. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001343/134388por.pdf>>. Acesso em: 3 jul. 2017.

CUSTÓDIO, Maraluce Maria; OLIVEIRA, Márcio Luís de. Eco-efficiency in bidding processes to purchase everyday supplies for the Brazilian federal administration. **Revista Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 24, p. 33-61, jul./dez. 2015. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/647/454>>. Acesso em: 5 jul. 2017.

FERREIRA, Pedro; KIEFER, Sandra. Cresce procura de famílias de classe média por vagas em umeis de BH. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, 12 set. 2016. Disponível em: <[http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/2016/09/12/internas\\_educacao,803035/cresce-procura-de-familias-de-classe-media-por-vagas-em-umeis-de-bh.shtml](http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/2016/09/12/internas_educacao,803035/cresce-procura-de-familias-de-classe-media-por-vagas-em-umeis-de-bh.shtml)>. Acesso em: 1 jul. 2017.

FRIEDMAN, Milton. **Colocando o aprendizado de volta na sala de aula**. Tradução livre de "Putting Learning Back in the Classroom." Nova York: Escola de Harlem, 1977. Vídeo. 74 min. color. son. Disponível em: <<https://miltonfriedman.hoover.org/objects/57217>>. Acesso em: 2 jul. 2017.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M.; PERL, Anthony. **Política pública: seus ciclos e subsistemas, uma abordagem integral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Censos Educacionais 2005, 2009, 2012 e 2015, do INEP**: Ministério da Educação, Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais. Disponível em: <<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?lang=&codmun=310620>>. Acesso em: 4 jul. 2017.



KERSTENETZKY, Celia Lessa. **O Estado do bem-estar social na idade da razão**: a reinvenção do Estado social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LOPES, Mikhail. Pelo direito de escolher. **Super Interessante**, São Paulo, 30 jun. 2003. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/cultura/pelo-direito-de-escolher/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível/Rem Necessária 1.0024.16.043475-9/001. Relator: Des. Judimar Biber, 3ª Câmara Cível. Minas Gerais, 22 de junho de 2017. **TJMG**, 18 jul. 2017. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=8&totalLinhas=32&paginaNumero=8&linhasPorPagina=1&palavras=%2522umei%2522%20E%20%2522belo%20horizonte%2522&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>. Acesso em: 19 set. 2017.

MINAS GERAIS (Estado). Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação cível/Rem Necessária nº 1.0024.15.209676-4/001. Relator: Des. Afrânio Vilela, 2ª Câmara Cível. Minas Gerais, 27 de setembro de 2016. **TJMG**, 7 out. 2016. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5C094237546CFB4259F904F312CD1EC3.juri\\_node?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.15.209676-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=5C094237546CFB4259F904F312CD1EC3.juri_node?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.15.209676-4%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 19 set. 2017.

OHCHR. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)>. Acesso em: 4 jul. 2017.

OLIVEIRA, Marcio Luís de. **A constituição juridicamente adequada**: transformações do constitucionalismo e atualização principiológica dos direitos, garantias e deveres fundamentais. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

ROCKWELL, Lew. **Vouchers escolares**: o caminho mais “eficiente” para a socialização da educação. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2014. Disponível em: <<http://www.mises.org.br/Article.aspx?id=1942>>. Acesso em: 6 jul. 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2005.

WONNACOTT, Paul; WONNACOTT, Ronald. **Introdução à economia**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1985.

Submetido: 18 ago. 2017

Aprovado: 18 set. 2017

# A RESPONSABILIZAÇÃO JUVENIL NAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS: UMA JUSTIÇA QUE HUMANIZA O PROCESSO

*Luciano de Oliveira Souza Tourinho\**

*Ana Paula da Silva Sotero\*\**

1 Introdução. 2 Direitos Humanos Infantojuvenis. 3 Breve histórico da legislação brasileira sobre a responsabilização penal juvenil. 4 A realidade de (des)humanização da aplicabilidade da justiça penal juvenil no contexto brasileiro. 5 A construção da justiça juvenil brasileira por meio das práticas restaurativas. 6 Considerações Finais. Referências.

## RESUMO

O presente estudo tem por objetivo explicitar o processo histórico de transformação do aparato normativo institucional de atenção à criança e ao adolescente no Brasil, com destaque para o contexto de grave violação de direitos humanos que permeia o sistema atual de responsabilização de adolescentes envolvidos com a prática de infrações, apontando para a introdução de práticas e procedimentos restaurativos no âmbito da justiça juvenil. Nesse contexto, a Justiça Restaurativa se apresenta como alternativa à pacificação de conflitos penais, notadamente após o advento da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, no cenário jurídico brasileiro. Construídos a partir de uma análise crítica do sistema punitivo, os métodos restaurativos propõem a edificação de uma justiça pautada na resolução dos conflitos, por meio da mitigação do seu efeito estigmatizador e excludente, do diálogo e do respeito aos direitos fundamentais, com a participação, quando conveniente e possível, da comunidade de próximos, promovendo-se o empoderamento dos envolvidos e a pacificação social. Diante dessa perspectiva, o presente estudo objetiva analisar a responsabilização juvenil a partir da construção de uma justiça que prime pelo respeito aos direitos humanos dos adolescentes. Para tanto, será utilizada uma abordagem histórico-dialética, por meio

---

\* Doutor em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público - Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal, Legislação Penal Extravagante e Direito Processual Penal na Faculdade Independente do Nordeste. Professor de Direito Penal e Processo Penal nas Faculdades Santo Agostinho - Vitória da Conquista. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. E-mail: <luciano.oliveirajus@hotmail.com>.

\*\* Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro do Núcleo de Estudo do Direito Contemporâneo - Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Membro do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq). E-mail: <anapaula\_sotero@hotmail.com>.

da pesquisa bibliográfica, tendo como fundamento a construção de uma reflexão crítica do tema. Ademais, serão analisados projetos de Justiça Restaurativa já implantados no Brasil, verificando, de forma qualitativa, a aplicabilidade das práticas restaurativas para a efetiva justiça penal juvenil no Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Direitos Humanos. Estado Democrático de Direito. Justiça Penal Juvenil. Justiça Restaurativa.

## 1 INTRODUÇÃO

O cenário jurídico contemporâneo trilha no sentido de reconhecer a necessidade de uma reestruturação das instituições penais, a partir da construção de novas propostas inseridas no contexto de um novo paradigma de justiça. Nesse cenário, a Justiça Restaurativa se apresenta como temática central de debates, em uma tentativa de formulação de modelos eficientes na gestão de conflitos.

A apresentação da reparação como resposta jurídico-penal configura uma alternativa para legitimação desse subsistema, em virtude da necessidade de se buscar mecanismos de efetividade das finalidades das sanções penais. Nesse aspecto, no âmbito da justiça juvenil, essa realidade não se mostra diferente. Há uma supressão dos direitos da criança e do adolescente quando não são efetivados os ideais de justiça social a partir das premissas de reinserção do jovem na comunidade, bem como das garantias de educação, saúde e lazer que lhe são negados.

Nessa perspectiva, o presente artigo propõe uma investigação dos fundamentos e dos elementos conceituais da Justiça Restaurativa, suas principais modalidades e, ao final, suas primeiras experiências práticas no território brasileiro, como forma de garantir a justiça penal juvenil com respeito aos direitos humanos dos envolvidos.

A pluralidade de práticas e métodos restaurativos denota um panorama de programas variados, resultantes das mais distintas orientações culturais e político-institucionais. Dessa forma, a análise a seguir será destinada às práticas de reparação inseridas no contexto de edificação de um novo paradigma de justiça criminal juvenil.

A presente incursão teórica será balizada pelo método exploratório, a partir de uma abordagem crítico-reflexiva. Sua proposta dialógica lançará os fundamentos para uma análise da construção de uma justiça penal juvenil restaurativa, a partir do estudo de literatura produzida por cultores da Justiça Restaurativa, bem como dos projetos pioneiros desenvolvidos no Brasil.

## 2 DIREITOS HUMANOS INFANTOJUVENIS

A sociedade passou por constantes transformações desde os primórdios da humanidade, que desencadearam evoluções econômicas, sociais, tecnológicas e jurídicas, sejam elas positivas, sejam negativas. Assim também foi a evolução histórica dos direitos da pessoa

humana, que foram construídos em um processo lento e gradual de conquistas e de experiências vividas em sociedade.

Percebe-se, portanto, a importância de se estudar a história humana para compreender a evolução dos direitos e de que forma eles foram instituídos. Nesse sentido, Bobbio (2004, p. 12) afirma que “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.”

Os direitos essenciais ao homem são revelados nas lutas de poder contra a opressão, quando as condições lhes são propícias e o momento necessita do reconhecimento de sua inviolabilidade para o convívio social. Na visão ocidental de democracia, esses direitos são limitações do poder delegado pelo povo ao representante e também são regulamentos da própria ordem constitucional para que as normas não sejam superiores aos direitos essenciais ao cidadão. Assim, o direito penal do Estado deve estar interligado aos princípios que regem a Carta Magna para que não fira a dignidade humana nem despreste os direitos humanos.

Nesse contexto, faz-se necessário compreender o campo de atuação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Seguindo as lições de Cunha Júnior (2010, p. 47), os direitos humanos são direitos universais, que conferem poder de existência digna, livre e igual a todos os seres humanos. Trata-se de dimensões históricas, que vão sendo conquistadas a partir da realidade social e da atuação humana.

Os direitos fundamentais, ao seu turno, são a positivação dos direitos humanos a partir do reconhecimento das legislações, em especial pela Constituição da República Federativa de 1988, que trazem um conteúdo material das dimensões dos direitos humanos com as garantias individuais e coletivas, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos de partidos políticos e direitos econômicos.

Erigidos à ordem constitucional, os direitos fundamentais formam um sistema principiológico que, na esfera penal, revela-se como garantias a serem observadas pelo Estado quando da cominação e da execução de sanções penais. Desse modo, o direito penal brasileiro é fruto de uma construção legítima, abalizado pelos princípios que compõem o ordenamento jurídico. Como afirma Nunes (2002, p. 45), “a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais.”

Não restam dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o direito essencial que deve ser observado e preservado em um Estado Democrático de Direito, uma vez que este princípio é uma qualidade integrante da condição humana, servindo de instrumento norteador para a elaboração de regras. Assim, como preleciona Mello (2010, p. 45) “o significado da dignidade da pessoa humana é consubstanciado no valor essencial do homem, como condição de existência humana.”

Nesse contexto, a Carta Magna construiu o Direito Penal para alcançar os maiores de 18 anos, que são considerados completamente aptos a serem responsabilizados e punidos pelos

seus atos. Percebe-se que o ordenamento não inclui os adolescentes por prever lei especial, o Estatuto da Criança e do Adolescente, para reprovar e prevenir o crime dos jovens infratores.

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, essa diferenciação quanto a adolescentes e adultos faz-se necessária para permitir o completo desenvolvimento do menor, que deve ser punido na medida de sua capacidade, respeitando a necessidade de educação e formação de caráter do adolescente.

Apesar de ser considerado como base norteadora para a construção do direito penal, o princípio da dignidade da pessoa humana é constantemente violado nas prisões brasileiras, que não garantem os direitos do preso e corrompem a real função da pena. O sistema jurídico-penal não permite que a pena seja um meio de prevenção contra o crime e um meio de conscientização do agente, mas tem se tornado, como preleciona Assis (2017, p. 1), a verdadeira institucionalização da violência, mapeado por um discurso de defesa social divulgado pelos meios midiáticos.

Nesse sentido, a prisão não é a medida mais viável para os adolescentes, que, em meio aos adultos, e toda a problemática que o sistema penitenciário apresenta, estaria sendo inserido em uma escola do crime, conforme afirma Zaffaroni (2007, p. 13):

É bastante claro que, enquanto o discurso jurídico-penal racionaliza cada vez menos – por esgotamento de seu arsenal de ficções gastas –, os órgãos do sistema penal exercem seu poder para controlar um marco social cujo signo é a morte em massa. [...] Os múltiplos poderes que sustentam esta realidade letal apoiam-se, em boa medida, no exercício de poder dos órgãos de nossos sistemas penais que, na maioria dos países da região, operam com um nível tão alto de violência que causam mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares.

Diante disso, a inserção do jovem nesse ambiente só aumentaria os índices de violência após cumprir a pena; retornariam para a sociedade indivíduos despreparados para a vida social e indignados pelas condições que passaram dentro dos presídios. Nesse sentido, os adolescentes infratores são julgados por lei própria, o Estatuto da Criança e do Adolescente, disposto pela Lei 8.069/90 (BRASIL, 1990), que prevê, dentre as punições, as medidas socioeducativas para que possam ser reintegrados na sociedade.

Nessa linha de intelecção, a fim de respeitar a integridade física e psicológica do adolescente, que ainda está em construção, uma das soluções para a responsabilização dos adolescentes é por meio da Justiça Restaurativa, que visa ao empoderamento dos indivíduos envolvidos, trazendo a conscientização dos fatos ilícitos praticados e dando a oportunidade de reinserção no seio social.

A Resolução 2002/2012 da Organização das Nações Unidas – ONU – (CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU, 2012)<sup>1</sup> aborda os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Essa forma evoluiu e se caracteriza por ser uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades.

Essa abordagem permite que as pessoas afetadas pela infração penal possam compartilhar seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades. Ao propiciar uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, sentirem-se mais seguras e poderem superar o problema, esse tipo de justiça permite aos ofensores compreenderem as causas e as consequências de seu comportamento e assumirem responsabilidade de forma efetiva. Possibilita, ainda, que a comunidade compreenda as causas subjacentes ao crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade.

### 3 BREVE HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL

A consideração da infância e da juventude na responsabilidade penal possuiu diferentes perspectivas a partir da realidade histórica brasileira. Diante disso, a análise legislativa em matéria de direito penal juvenil pode ser dividida em três etapas: a etapa penal indiferenciada ou modelo punitivo; a etapa tutelar ou modelo de proteção; e a etapa garantista ou modelo de responsabilidade.

A etapa penal indiferenciada tem início com a adoção dos Códigos Penais Liberais que datam do século XIX, e se estende até as primeiras legislações do século XX. Segundo Shecaira (2014, p. 167), “nesse período, as crianças eram consideradas como adultos, entendimento este, trazido do Direito Romano, o qual influenciou muitos países de origem romano-germânica, e entre eles, o Brasil, que reproduziu a ideia no Código Penal do Império do Brasil.”

Quanto à responsabilidade do adolescente infrator, o Código Penal do Império,<sup>2</sup> datado de 1830 (BRASIL, 1830), trazia em seu art.10 que não fossem julgados criminosos os menores de 14 (quatorze) anos, mas deveriam ser considerados incapazes, na mesma categoria daqueles que possuem algum tipo de retardo mental. Contudo, essa inimputabilidade era relativa, uma vez que, se o juiz entendesse que o menor tinha discernimento quando da prática do ato, este poderia ser recolhido.

Com a primeira Constituição Republicana do Brasil e a consequente promulgação do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil de 1890, criou-se a previsão de uma irresponsabilidade semiplena daqueles que agiam com discernimento na faixa de 9 a 14 anos e uma irresponsabilidade plena do menor de 9 anos ou com 9 anos completos. Desse modo, conforme afirma Shecaira (2014), as crianças compreendidas nessa última faixa não poderiam ser presas ou submetidas a processo.

Sposato (2011, p. 21) sintetiza a etapa indiferenciada a caracterizando por três principais critérios:

[...] o tratamento jurídico dispensado às infrações cometidas por menores de idade no âmbito das mesmas legislações e diplomas legais que regulam a responsabilidade dos adultos, a imposição das mesmas sanções jurídico-penais (mesmas penas cominadas aos adultos), ainda que com atenuantes, e a execução e cumprimento das sanções nos mesmos estabelecimentos penais de adultos.

A etapa tutelar tem início durante a passagem do século XIX para o XX e estabeleceu uma nova categoria, qual seja, a do “menor”. Sposato (2011) aponta três fatores determinantes para o aparecimento de uma Justiça especializada de menores: o primeiro relaciona a delinquência com as transformações sociais e, principalmente, econômicas, como resultado da industrialização.

Outro fator está atrelado à incômoda presença das crianças no cárcere e a necessidade de protegê-las física e moralmente. O último fator apresentado pela autora traz as ideias do correccionalismo, pelo qual o menor delinquente carece de ajuda da ordem jurídica, que tem por função ajudá-lo por meio da limitação de sua liberdade.

Portanto, observa-se que a base usada para punir o menor infrator era centrada no perigo que este representava para a sociedade. É nesse contexto que desponta a etapa tutelar a partir da Lei Federal nº 4.242 de 1921 (BRASIL, 1921) e do Decreto 17.943-A, de 12.10.1927 (BRASIL, 1927), que instituiu o Código de Menores.

A Lei Federal supramencionada, abandonando o sistema biopsicológico vigente desde o Código Penal da República, adotou um critério objetivo de imputabilidade penal, fixando-o em 14 anos (SARAIVA, 2013). Já em seu 1º artigo, o Código de Menores, também denominado de Código de Mello Matos (BRASIL, 1927), definia os sujeitos por ele tutelados em dois grupos: os “abandonados”, abrangendo os vadios, mendigos e libertinos, e os “delinquentes”.

Na verdade, o que o código fez foi instituir práticas que culminaram em um sistema de justiça juvenil tutelar e paternal ao redor da categoria do menor. Ou seja, permanece a visão de que o menor é uma ameaça à sociedade e introduz a ideia de não ser razoável deixá-lo desamparado, sem proteção jurídica e estatal.

Souza (2013) menciona ainda outras duas leis que marcaram a história do direito penal juvenil na etapa tutelar: a Lei nº 4.513/1964 e a Lei 6.697/1979. A Lei nº 4.513/1964 (BRASIL, 1964) estabeleceu a Política Nacional de Bem-Estar do Menor, que, segundo Sposato (2011), estava baseada somente nos ideais de responsabilização da família, da religião, da hereditariedade e de padrões de comportamento de crianças e adolescentes com a criminalidade, deixando de lado as considerações sociais, econômicas e políticas de nosso país.

Quanto à Lei 6.697/1979 (BRASIL, 1979), o novo Código de Menores, de cunho autoritário, elaborado pelos militares, inaugura o segundo momento da etapa tutelar no Brasil. Os menores passam a ser objeto da norma quando se encontrarem em patologia social (SARAIVA, 2013).

Pelo inciso I do art.1º do Código de Menores de 1979 (BRASIL, 1979), temos a proteção, assistência e vigilância dos menores de até dezoito anos, que se encontrarem em situação irregular, definição que está amparada no art. 2º da referida lei.<sup>3</sup> Ao se referir ao art.2º, Sposato (2011) diz que as seis hipóteses ali descritas fizeram do Juiz de Menores “um pai de família”, e da discricionariedade, “uma parte da fisiologia do Código”.

Já Saraiva (2013), ao explicar a matéria, refere-se à situação irregular como “moléstia social” e esclarece que o código não fazia clara distinção entre as situações decorrentes da

conduta do jovem e as daqueles que o cercam. Vemos, portanto, que o Código de Menores não alterou significativamente a situação da criança e do adolescente.

Em 1979, enquanto o Brasil editava o Código de Menores, a ONU estabeleceu aquele, o “Ano Internacional da Criança”, que culminou, em 1989, na elaboração da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança.

Essa Convenção da ONU contribuiu para a consolidação da “Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral à Criança”, documento que se refere a um corpo de legislação internacional, alcançando a Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade e as Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (SARAIVA, 2013).

Assim, antecipando-se à Convenção, o texto constitucional previu a Doutrina da Proteção Integral no art. 227 da Carta Magna. É essa transição da Doutrina da Situação Irregular para a Doutrina da Proteção Integral que marca o surgimento de um tratamento diferenciado para a criança e para o adolescente, uma vez que não são mais considerados incapazes, mas sujeitos de direito e deveres. E tais deveres se harmonizam com sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, ou seja, a criança e o adolescente irão adquirir autonomia progressiva de acordo com sua idade (BORGHI; FRASSETTO, 2014).

Em 1990, é aprovado o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Esse estatuto coroa a doutrina da proteção integral e constitui a única legislação latino-americana adequada aos princípios da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito da Infância (SILVA; MELLO; AQUINO, 2004, p. 237).

O referido Estatuto da Criança e do Adolescente foi instituído em consonância com documentos internacionais de direitos humanos, como as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça Juvenil, previstas na Resolução 40/33, conhecidas como Resolução de Beijing (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950); as Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil, conhecidas como as diretrizes de Riad (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1988); e, principalmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1989). Sobre o último documento, aduz Beloff (2004, p. 224):

A Convenção propõe a mudança que cada um assuma a responsabilidade que lhe corresponde, em função de sua idade, de sua inserção social, do seu lugar no mundo. Principalmente, e em relação com o mundo adulto, promove as responsabilidades da família, da comunidade e do Estado para tornar efetivos os direitos infante-juvenis. Em relação com os adolescentes, promove a responsabilidade por seus próprios atos em um sistema especial: os menores de dezoito anos não são adultos, portanto deve estar proibido seu ingresso no sistema penal geral.

Para o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, instituído pela Lei nº 8.069/90, (BRASIL, 1990), as medidas de proteção devem ser aplicadas às crianças (0 a 12 anos incompletos) envolvidas com a prática de infrações. Aos adolescentes (12 a 18 anos incompletos), a



lei determina a aplicação de medidas socioeducativas, podendo também ser aplicadas medidas protetivas. As medidas de proteção visam à garantia de direitos de pessoas em situação de vulnerabilidade e/ou violência, já as medidas socioeducativas possuem caráter impositivo, mesclando as funções sancionatória e pedagógica.

O Estatuto estabeleceu a possibilidade de aplicação de seis tipos de medidas socioeducativas: advertência, obrigação de reparar o dano, prestação de serviço à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade e internação. A medida, quando aplicada ao adolescente, levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração, conforme disposto no artigo 112, § 1º, do ECA (BRASIL, 1990). Nesse sentido, não se trata de uma mera retribuição, castigo ou punição, mas de algo que deve ser proporcional ao ato praticado e que o adolescente tenha capacidade de realizar, constituindo etapa importante para sua vida e socioeducação.

Os direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal de 1988 aos cidadãos submetidos ao sistema de responsabilização também são aplicáveis aos adolescentes. Para esse público específico é determinada ainda a obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade (BRASIL, 2013, art. 227, § 3º, V).

Também na legislação infraconstitucional são asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:

- I - pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, mediante citação ou meio equivalente;
- II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;
- III - defesa técnica por advogado;
- IV - assistência judiciária gratuita e integral aos necessitados, na forma da lei;
- V - direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade competente;
- VI - direito de solicitar a presença de seus pais ou responsável em qualquer fase do procedimento (BRASIL, 1990, art. 111).

O reconhecimento da condição de sujeito de direitos, inclusive quanto às garantias processuais e direitos fundamentais, coloca o adolescente envolvido com a prática de infrações em outro patamar em relação ao modelo que vigorou antes da nova ordem constitucional.

Nessa linha de intelecção, o ECA reforçou a ideia de que o menor infrator não fica impune, mas recebe uma punição considerando as suas necessidades infantojuvenis. É necessário desmistificar a diferença entre responsabilização penal e imputabilidade penal para não se confundir inimputabilidade com impunidade.

No sistema jurídico brasileiro, a maioria penal se dá aos 18 anos, presumindo-se a incapacidade do adolescente de discernir o caráter ilícito de sua conduta em razão de seu desenvolvimento psíquico e biológico, que ainda está em formação. Segundo Calligaris (2001, p. 11-30), a adolescência é um fenômeno de autorreconhecimento, de incorporação do mundo adulto e separação da fase da infância. Essa fase é a formação do indivíduo adulto

e, muitas vezes, pode se tornar uma fase de negação social a partir das experiências vividas pelo adolescente e da forma que a sociedade insere os jovens.

O adolescente, por não ser reconhecido dentro do pacto social, tende a procurar reconhecimento fora ou contra ele – no pacto alternativo do grupo. A transgressão tenta encenar o que os adolescentes acreditam ser um desejo recalcado dos adultos – merecer medalha. Ex: furto – obter mais rápido o ideal do sucesso financeiro, dispensando a retórica do valor do esforço, do suor na testa e do trabalho. Ex: valorização pela força física – obter o que deseja, ao invés de negociar e cumprir compromissos sociais menos perigosos. Ex: promiscuidade – se impor pela sedução mais brutal (CALLIGARIS, 2001, p. 21).

Portanto, adultos, crianças e adolescentes, sendo pessoas desiguais, não podem ser tratados de maneira igual. A legislação especial que responsabiliza o adolescente, o ECA, retira a severidade das penas criminais e traça medidas predominantemente pedagógicas a fim de reinserir o adolescente no seio social.

Nota-se que impunidade é diferente de imputabilidade. O adolescente é considerado inimputável para a legislação penal comum, que é a possibilidade de atribuir responsabilidade pela violação da lei. Não se confundindo com a responsabilidade que o estatuto específico atribui aos adolescentes, assegurando as garantias fundamentais ao adolescente, passando a ser imputável para a legislação especial.

O que não se pode admitir é a impunidade de um adolescente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, devendo os operadores do Direito buscar a efetivação deste Estatuto para que não ocorra a impunidade do jovem infrator. Isso deve ser auxiliado pela própria sociedade que deve cobrar a efetivação dessas medidas educativas e colaborar para a reinserção do indivíduo na sociedade, sem preconceitos e exclusão dos jovens.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), regulamentando os artigos 227 e 228, garantiu os direitos fundamentais e sociais e criou um regime jurídico específico em que o adolescente responde pelos seus atos de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que estabelece o respeito pelas suas capacidades de adolescente e permite a educação do jovem e sua consequente inclusão social, dando vias alternativas para o tratamento adequado ao jovem infrator.

Para delinear as medidas socioeducativas da legislação especial que responsabiliza o adolescente é preciso salientar que a doutrina majoritária admite que o adolescente não comete crime, pois a designação desse termo corresponde a uma conduta típica, ilícita e culpável. Desse modo, o adolescente não se enquadra nesse conceito, uma vez que é inimputável pelo Direito Penal, inexistindo o quesito culpa. Para os adolescentes é qualificado o ato infracional, que o ECA conceitua em seu artigo 103: “Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (BRASIL, 1990, *online*) e a jurisprudência também concorda:

O Ato infracional é o ato condenável, de desrespeito às leis, à ordem pública, aos direitos dos cidadãos ou ao patrimônio, cometido por crianças ou adolescentes. Só há ato infracional se aquela conduta corresponder a uma

hipótese legal que determine sanções ao seu autor. No caso de ato infracional cometido por criança (até 12 anos), aplicam-se as medidas de proteção. Nesse caso, o órgão responsável pelo atendimento é o Conselho Tutelar. Já o ato infracional cometido por adolescente deve ser apurado pela Delegacia da Criança e do Adolescente a quem cabe encaminhar o caso ao Promotor de Justiça que poderá aplicar uma das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90 (doravante ECA) (ZINATO, 2005, p. 40).

Percebe-se, assim, que o adolescente não fica impune ao ato infracional cometido, sendo responsabilizado com medidas pedagógicas que permitam o caráter ressocializador do indivíduo, que é um direito inerente ao ser humano.

Em 2006, o CONANDA<sup>4</sup> estabeleceu parâmetros para administração e execução das medidas socioeducativas por meio de documento chamado Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Além de trazer princípios e diretrizes pedagógicas, estabeleceu parâmetros de formas para o cumprimento dessas medidas, bem como mecanismos de integração das políticas públicas.

Em 2012, mais de duas décadas depois do ECA, o Congresso Nacional brasileiro produziu a Lei 12.594 (BRASIL, 2012), que institui o SINASE<sup>5</sup>, que regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. A nova lei determina a criação de planos de atendimento socioeducativo, estabelece parâmetros para o procedimento de execução, amplia o rol de direitos individuais, regulamenta o plano individual de atendimento, garante o tratamento de adolescentes com problemas de saúde mental, assegura a visita íntima, põe limite aos regimes disciplinares, dentre outras questões.

Para o presente trabalho, importa destacar o fato de a Lei do SINASE estimular a utilização prioritária de práticas ou medidas que sejam restaurativas no âmbito do Sistema Socioeducativo (art. 35, III) (BRASIL, 2012). Trata-se da primeira previsão legislativa expressa da utilização de justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro, tendo ocorrido no âmbito da justiça juvenil, pois é nesse campo que tais práticas vêm sendo mais frequentemente desenvolvidas no Brasil.

#### **4 A REALIDADE DE (DES) HUMANIZAÇÃO DA APLICABILIDADE DA JUSTIÇA PENAL JUVENIL NO CONTEXTO BRASILEIRO**

O Estatuto da Criança e do Adolescente representou um avanço para assegurar os direitos fundamentais, bem como para editar as formas de resolução dos conflitos dos menores infratores. No entanto, a realidade brasileira não permite a efetiva garantia dos direitos do adolescente infrator. Assim como também não se observa o devido cumprimento das medidas socioeducativas, o que não permite a reinserção do indivíduo na sociedade.

De acordo com Zaffaroni (2007), a realidade da punição juvenil tem se assemelhado ao cárcere dos adultos. Os adolescentes que estão em liberdade assistida e se encontram nas

casas de amparo ao menor vivem em situações insalubres, com superlotação e sem qualquer acesso à educação e saúde de qualidade.

Durante as inspeções realizadas, em unidades de internação de vinte e três estados, pelo Conselho Federal de Psicologia e Ordem dos Advogados do Brasil, no ano de 2013, foram denunciados espancamentos em unidades de quinze estados. Ficou constatada também a falta de escolarização em unidades de cinco estados, quatorze estados sem atividades de profissionalização e alojamentos precários ou superlotados em todas as unidades visitadas.

De acordo com os relatórios das inspeções realizadas, além da realidade descrita acima, havia quinze estados com unidades onde os internos não tinham assistência jurídica e cinco estados com adolescentes que estavam com prazo de internação provisória (45 dias) ultrapassado. Ademais, cerca de dezenove estados apresentaram péssimas condições de higiene e precariedade ou inexistência de atendimento à saúde.

Outra pesquisa realizada em 2011, dessa vez pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e pelo Departamento da Criança e do Adolescente (DCA) da Secretaria de Estado dos Direitos Humanos (SEDH, 2012), traçou o perfil do adolescente em cumprimento de medida de internação no Brasil e fez referência às condições das unidades.

O documento diz que são adolescentes do sexo masculino (90%); com idade entre 16 e 18 anos (76%); da raça negra (mais de 60%); não frequentavam a escola (51%), não trabalhavam (49%) e viviam com a família (81%) quando praticaram o delito. Não concluíram o ensino fundamental (quase 50%); eram usuários de drogas (85,6%); e consumiam; majoritariamente, maconha (67,1%); cocaína/crack (31,3%); e álcool (32,4%).

O relatório produzido em 2010 pela organização não governamental Human Rights Watch, após visitas realizadas a unidades socioeducativas de estados das regiões Norte e Nordeste do Brasil, descreve serem comuns os espancamentos pela polícia, tanto durante, como após a prisão. Esses abusos ocorrem frequentemente nas delegacias, uma vez que a lei brasileira permite a prisão de adolescentes por até cinco dias enquanto esperam sua transferência a unidades de detenção juvenil.

Conforme esse relatório de 2010, no Estado do Amazonas, quase todos os adolescentes que foram entrevistados declararam ter sido agredidos por policiais ao passarem por uma delegacia. Na área rural, onde a polícia infringe rotineiramente o limite de cinco dias de detenção em suas cadeias, as crianças correm o maior risco de agressão por parte da polícia.

No mesmo sentido, a avaliação recente (2011) feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio do Programa “Justiça ao Jovem” observou a precariedade de muitas instalações, bem como a presença ainda de adolescentes em estruturas prisionais ou em delegacias. Em levantamento junto aos gestores estaduais, foi apontada a necessidade de desativação de aproximadamente dezoito unidades pelo país.

No âmbito internacional, o documento *Justicia Juvenil y Derechos Humanos en las Américas Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez*,

(2011) aponta que a população de adolescentes negros está mais suscetível a ser perseguida, processada e condenada do que os outros adolescentes; que, apesar do que garante a legislação, as defensorias públicas não estão presentes em todas as comarcas; além da ociosidade decorrente da ausência de atividades de profissionalização e denúncias de que 5.400 adolescentes foram vítimas de torturas, maus-tratos ou mortes em unidades de internação.

Outro importante dado que ilustra as condições de violência no sistema de responsabilização de adolescentes pode ser visto na pesquisa Pelo Direito de Viver com Dignidade - Homicídios de adolescentes em cumprimento de Medida Socioeducativa de Internação, promovida pela Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCED).

O levantamento feito em 2011, realizado em 11 estados brasileiros, identificou 73 mortes entre 2006 e 2010. Em relatório oficial enviado ao Comitê dos Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, no mesmo ano, o Estado brasileiro admite a existência de maus-tratos e práticas de tortura no sistema de internação de adolescentes, considerando ser “real a existência, ainda que não generalizada, de sessões de castigo que envolvem tortura e espancamento em alguns estabelecimentos destinados à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes em conflito com a lei.” (COSTA, 2013, p. 56)

## 5 A CONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA JUVENIL BRASILEIRA POR MEIO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

A realidade do direito penal para os adolescentes infratores evidencia a supressão dos direitos fundamentais dos indivíduos, uma vez que a resposta jurídico-penal se limita a analisar o processo a partir da função de punição do réu. Não tem sido cumprido o caráter educativo e integrador, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, a Justiça Restaurativa surge como uma alternativa ao modelo tradicional, pautada em um paradigma que se contrapõe ao modelo de justiça consolidado, o qual é constituído sob o paradigma punitivo/retributivo. Esse novo modelo, a partir da análise crítica do sistema penal, questiona sua legitimidade e aponta seu estágio de crise e saturação.

Diferente do que se apresenta na Justiça Retributiva, a composição da lide penal na Justiça Restaurativa é feita pelo infrator, pela vítima e pela comunidade, que se veem não como adversários, mas sim como colaboradores, fundados no diálogo, para a reparação do dano e efetiva promoção da paz social, em que a preocupação não é a de impor culpa e castigo ao que se fez no passado, mas sim pensar no futuro e fazer que os transgressores da norma penal assumam suas respectivas responsabilidades. Sendo assim, os objetivos e as características da Justiça Restaurativa podem ser definidos da seguinte forma:

A justiça restaurativa procura equilibrar o atendimento às necessidades das vítimas e da comunidade com a necessidade de reintegração do agressor à sociedade. Procura dar assistência à recuperação da vítima e permitir que

todas as partes participem do processo de justiça de maneira produtiva (VEZZULLA, 1998, p. 59).

A Resolução nº 2002/12 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2002), na qual ficaram definidos os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, é a norma que influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa ou aprimorarem os seus programas, inclusive o Brasil. No contexto do judiciário brasileiro, cada vez mais se aproximando de um sistema multiportas, principalmente após o advento da Resolução nº 125 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) de 2010, a Justiça Restaurativa se apresenta como opção de metodologia para o tratamento de uma variedade de conflitos.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa, de acordo com a Resolução nº 225 do CNJ de 2016 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016), apresenta-se como a construção de um sistema que trabalha no processo de busca de alternativas capazes de promover a reparação dos danos causados pela situação, com enfoque em todas as partes afetadas, ou seja, vítima, ofensor e comunidade. Note-se que a abordagem dos modelos restaurativos implica a análise do fenômeno criminal de forma complexa, com respaldo na legitimidade da realidade democrática do Estado de Direito.

O propósito do ordenamento jurídico brasileiro é assegurar às crianças e aos adolescentes todas as oportunidades necessárias para o seu pleno desenvolvimento – este entendido da maneira mais ampla possível, compreendendo o aspecto físico, mental, moral, espiritual, social – em condições de liberdade e de dignidade, como apresentam os artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante desses princípios, entende-se que a atuação do Estado frente aos jovens em conflito com a lei deve se dar com o fim último de, por meio da intervenção estatal, contribuir para o seu saudável desenvolvimento, dando-lhes assistência de educação, de saúde, de lazer, para que possa refletir sobre o seu ato e não se tornar um reincidente quando alcançar a fase adulta. Surge, nesse contexto, a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa como um instrumento de resgate dos valores democráticos e humanos da justiça social.

Nas palavras de Zehr (2005, p. 102), “a justiça deve ser vivida, não apenas feita pelos outros e contada a nós.” A construção de um sistema penal que prima pelo empoderamento possibilita que a justiça seja verdadeiramente sentida pelas partes. Ao contrário do que ocorre no modelo retributivo, em que o caso é conduzido e decidido, exclusivamente, por terceiros, enquanto os personagens do conflito, em especial, a vítima, ficam excluídos de todo o processo de decisão, a Justiça Restaurativa opta por procedimentos que tornam a Justiça uma experiência vivida por aqueles que se envolveram no conflito.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) traz alguns dispositivos os quais revelam que a atuação do poder público não se dá tão somente no sentido de se averiguar a prática do ato infracional, permitindo o envolvimento das partes e a aplicação das técnicas restaurativas. Exemplo disso é o instituto da remissão previsto no Estatuto, que pode

ser concedida pelo Ministério Público ou pelo Juiz, a qual acarreta a extinção ou suspensão do processo e, para ser aplicada, não é necessário que se comprove previamente a culpa do adolescente pelo ato, nem prevalece para efeito de antecedentes.

A remissão, nos termos do artigo 188 c/c o artigo 126 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), pode ser aplicada em qualquer fase – antes de iniciado o procedimento judicial, hipótese em que é concedida pelo Ministério Público, e, durante o processo, até que proferida a sentença, quando é aplicada pelo magistrado –; o que demonstra a sua grande relevância no sistema implantado pelo ECA.

Diante dessa sistemática, consideramos que se mostra coerente a assunção de uma postura de responsabilização dos nossos jovens em conflito com a lei à luz dos princípios restaurativos. A promoção do adequado desenvolvimento do adolescente infrator – fim maior da interferência do Estado junto a eles – dentro do paradigma restaurativo, assume o caráter de incentivo à responsabilização ativa, para que os jovens tenham a oportunidade de considerar as consequências de seus atos e de, autonomamente, assumir obrigações, com o auxílio, sempre que possível, da família, da comunidade e do poder público.

Consideramos que a remissão pode servir de porta de entrada para a interação entre as práticas restaurativas e a Justiça, pois confere a margem de liberdade necessária para a adaptação dos programas. Logo, podemos visualizar procedimentos restaurativos incorporados em qualquer fase do processo e que, conforme o seu deslinde, podem culminar com a concessão da remissão, cumulada ou não a medidas socioeducativas, conforme for estabelecido no acordo formulado pelas partes.

Melo (2006, p. 125) assim discorre sobre a virtude de um programa que incorpora esta tese:

[...] a possibilidade de remissão em decorrência do acordo exsurge não como graça, mas como reconhecimento de que o próprio adolescente foi capaz de reconhecer o direito do outro, no qual se honra a si próprio, revelando a emergência de uma responsabilidade e de uma liberdade até então não entrevista.

Outras hipóteses podem ser consideradas, aproveitando-se da flexibilidade conferida pelo Estatuto. Nesse sentido, mesmo que não seja concedida a remissão e o processo siga seu curso e seja determinada a aplicação de medida socioeducativa, na fase de execução, as medidas podem ser estipuladas por meio de procedimentos restaurativos.

Assim, os envolvidos no conflito teriam a possibilidade de se valerem do rol elencado nos artigos 101 e 112 do ECA (BRASIL, 1990) – que, com criatividade, podem dar margem a interessantes acordos – para elaborar o acordo restaurativo.

Nessa seara, destaca-se o projeto Justiça para o século XXI, que foi implantado no Rio Grande do Sul, no ano de 2005, a partir da ação da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), que buscou implementar políticas criminais no combate à violência juvenil em Porto Alegre. De acordo com Scuro Neto (2012), o projeto, iniciado em 2005, é posterior às primeiras práticas restaurativas da própria 3ª Vara da Infância e da Juventude de Porto Alegre - RS, que foram realizadas há mais de dez anos sob a coordenação do juiz Leoberto Brancher, a partir de estudos teóricos e de observação da prática judiciária sob o viés restaurativo.

Além de efetivar as práticas restaurativas em grande escala, o projeto Justiça para o século XXI, que conta com o apoio da UNESCO, Programa Criança Esperança, da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e Secretaria da Reforma do Judiciário, também é polo de treinamento da metodologia. Estudiosos de todo o Brasil buscam em Porto Alegre os conteúdos de Justiça Restaurativa para replicarem em seus estados, a fim de poderem implementar as práticas junto ao Sistema de Justiça da Infância e Juventude, escolas, ONGs, instituições de atendimento à infância, à juventude e às comunidades.

No processo judicial do Rio Grande do Sul, as práticas são adotadas em duas frentes. De acordo com o relato de Parker (2005, p. 71), “uma ocorre antes do magistrado aceitar a representação, quando se propõe à realização de círculos restaurativos, e a outra, durante a execução da sentença, quando a equipe multidisciplinar que acompanha o jovem delibera que ele está pronto para participar destes.” Diante disso, observa-se que a restauração pode ocorrer em dois momentos, sendo o primeiro capaz de evitar o formalismo do processo de conhecimento e o segundo como forma de promover a restauração durante o cumprimento da medida socioeducativa, conforme é citado abaixo:

Além dos aspectos conceituais que mudam atitudes e perspectivas na abordagem do problema, outro aspecto que muda fundamentalmente na prática é, digamos, a configuração geométrica das relações de poder. Ao invés de se reportarem a um terceiro, hierarquicamente superior e que se supõe capaz de decidir o conflito por elas, as pessoas envolvidas – réis, vítimas e suas comunidades de assistência - assumem pessoalmente a responsabilidade de produzir uma solução de consenso, que respeite igualmente as necessidades de cada uma delas. Com isso ocorre um processo de empoderamento dos indivíduos e da comunidade a eles relacionadas, além de um valioso exercício de inteligência emocional que reverte em aprendizagem de uma nova prática democrática, a democracia deliberativa, bem representada pela organização de um círculo no qual todos comparecem em condições de absoluta igualdade ao invés de submissos a alguma forma de assimetria hierárquica (BRANCHER, 2017, *online*).

Em janeiro de 2010, o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul oficializou a Central de Práticas Restaurativas junto ao Juizado da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre - CPR/JIJ - por meio da Resolução 822/2010 (BRASIL, 2010). O objetivo da central, segundo o art. 1º, é o de “realizar procedimentos restaurativos em qualquer fase do atendimento de adolescente acusado da prática de ato infracional.” (SCURO NETO, 2012, *online*).

Foram instalados quatro centros em bairros pobres de Porto Alegre no intuito de se evitar a judicialização de alguns tipos de conflitos, facilitar o entendimento comunitário e promover a cultura da paz. Os dados mais recentes da Justiça Restaurativa no Rio Grande do Sul apontam para a consolidação da CPR/JIJ. No período compreendido entre 1º de janeiro e 29 de agosto de 2012, a equipe da Central de Práticas Restaurativas recebeu um total de 261 casos, para a verificação da possibilidade de implantação de aplicações práticas, pautadas na proposta da Justiça Restaurativa.



Desse total, foram realizados 25 (9,58%) Círculos Restaurativos, 49 (18,78%) Círculos Restaurativos Familiares em conjunto com a Fundação de Atendimento Socioeducativo (FASE), 03 (1,15%) Diálogos Restaurativos, 02 (0,77%) Círculos de Compromisso. Do mesmo total, 98 (37,54%) casos foram encerrados na primeira fase do Procedimento Restaurativo – pré-círculo -, e 84 (32,18%) casos encaminhados estão em aberto, com o procedimento em andamento. No período mencionado, a CPR/JIJ promoveu um total de 79 (30,27%) encontros restaurativos envolvendo ofensores, vítimas e comunidades (SCURO NETO, 2012, *online*).

Outro modelo de práticas restaurativas que foi implantado no Brasil é a incorporação do ambiente escolar como principal meio de conscientização dos adolescentes, além de permitir a interação social do infrator com a comunidade em que está inserido. Essa vertente é aplicada nas escolas do Maranhão e de São Paulo.

No Estado de São Paulo, iniciou-se em 2005, na cidade de São Caetano do Sul. O projeto foi iniciado sob a coordenação do juiz Eduardo Rezende Melo, da 1ª Vara da Infância e da Juventude. Destaca-se a importância desse projeto, uma vez que as medidas restaurativas são realizadas com a fase nos processos judiciais, bem como em escolas públicas, em uma fase pré-processual. Sendo assim, representa o incentivo à cidadania e à prevenção do crime por meio de uma educação criminal.

Onze escolas municipais de São Caetano do Sul foram preparadas para a interação com o sistema judiciário e para lidar com a nova metodologia. No contexto, Melo, Ednir e Yazbek (2008, p. 13) ressaltaram ainda que, para facilitar esses encontros entre ofendidos e ofensores, “educadores das escolas, pais e mães, alunos, assistentes sociais e conselheiros tutelares foram capacitados em técnica criada por Dominic Barter, profissional vinculado à Rede de Comunicação Não-Violenta, com base em experiências estrangeiras.”

Nos três primeiros anos de projeto (2005-2007), as práticas restaurativas nas escolas geraram os seguintes números: 160 círculos restaurativos realizados, 153 acordos (100% deles cumpridos), 317 pessoas envolvidas, 330 acompanhantes da comunidade e 647 o número total de participantes dos círculos restaurativos. Sobre a natureza dos dados tratados, a maioria se referia à agressão física – 53 – e à ofensa – 46 (MELO; EDNIR; YAZBEK, 2008).

No ano de 2006, o projeto foi ampliado para outras escolas estaduais no bairro de Heliópolis, em São Paulo-SP, e na cidade de Guarulhos, com o apoio da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo e das respectivas Varas da Infância e da Juventude. Sobre a adoção da justiça restaurativa nas escolas, concluiu o juiz da capital paulista Penido (2008, p. 203):

Foi possível atestar que a parceria Justiça e Educação representa significativo avanço na abordagem da questão da violência nas escolas, da escola e contra a escola. Constata-se que as escolas são espaços onde a implementação da Justiça Restaurativa se mostra não apenas de fundamental necessidade e urgência, mas, estrategicamente, como espaços de máxima eficácia na construção de uma efetiva Cultura de Paz.

Percebe-se, dessa forma, a ampliação dos espaços de desenvolvimento de práticas restaurativas, em notória concretização de seus fundamentos no Estado de São Paulo, sem perder de vista a necessidade de oportunizar mecanismos para o seu desenvolvimento de forma efetiva.

A Justiça Restaurativa do Maranhão concentra-se na cidade de São José de Ribamar, município da região metropolitana da capital do estado. As ações restaurativas ocorrem tanto no âmbito do Poder Judiciário, na 2ª Vara da Comarca de São José, em casos de conflito juvenil (ato infracional), quanto fora dele, no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e nas escolas.

O Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa está situado no bairro Vila Sarney Filho, na periferia de São José e atua com o Projeto RestaurAÇÃO, que promove debates e palestras nas escolas, bem como atividades extracurriculares que buscam promover a reflexão dos alunos e moradores para o combate à criminalidade infanto-juvenil. São realizadas atividades de integração social, com produções de bazares e de oficinas profissionalizantes para a comunidade carente da região.

O referido núcleo começou a funcionar no dia 23 de abril de 2010 e, de acordo com a Prefeitura Municipal, em abril de 2012, o projeto tinha envolvido 291 pessoas (entre crianças, adolescentes, jovens, famílias e comunidade) em 60 práticas restaurativas. Segundo a mesma fonte, estavam em andamento trinta e três casos, sendo onze no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e vinte e dois na Casa da Justiça (2ª Vara), situada na sede da cidade (SÃO JOSÉ DE RIBAMAR, 2012).

Outra experiência que se destaca nas práticas de justiça restaurativa juvenil é o programa da coordenadoria da infância e juventude no Estado do Mato Grosso do Sul. De acordo com o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017), o combate à violência tem sido realizado pelo Programa Justiça Restaurativa na Escola, que visa a integrar a sociedade e os adolescentes no empoderamento dos conflitos sociais. De acordo com o relatório apresentado pelo tribunal, o projeto atende a 26 escolas, sendo 21 da Rede Estadual de Educação e 5 da Rede Municipal de Educação, com previsão de ampliação para mais quatro escolas e extensão para a rede estadual de Dourados. É executado em ações conjuntas entre o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Secretaria Estadual de Educação (SED) e a Secretaria Municipal de Educação (SEMED).

Entre as principais atividades desenvolvidas pelo programa estão ações preventivas, por meio de diálogos restaurativos com os alunos, visando a trabalhar questões relacionadas à violência na escola, além de resolução de conflitos, reunião com os pais e capacitação de multiplicadores.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do percurso histórico dos direitos da criança e do adolescente, percebeu-se que as legislações foram marcadas por um discurso retributivo, que não levava em consideração

as peculiaridades do desenvolvimento da criança e do adolescente. Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, as garantias fundamentais, resguardadas na Constituição Federal de 1988, passam a ser a base para a aplicação da punição para o jovem infrator.

Tem-se, portanto, a construção sólida das premissas básicas do Estado Democrático de Direito na legislação vigente, a partir do respeito dos direitos da criança e do adolescente e da garantia do acesso à justiça como instrumento de promoção da paz social. No entanto, essa realidade tem encontrado dificuldades de efetividade devido às condições precárias das casas de recolhimento dos menores, bem como da falta de políticas públicas que permitam a completa reinserção do indivíduo na sociedade.

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa surge como uma alternativa ao modelo penal tradicional, pautada em um paradigma que se contrapõe ao modelo de justiça consolidado, o qual é constituído sob o paradigma punitivo/retributivo. Esse novo modelo, a partir da análise crítica do sistema penal, questiona sua legitimidade e aponta seu estágio de crise e saturação.

As práticas restaurativas pautam-se na necessidade de empoderamento dos envolvidos, a fim de dirimir o conflito, buscando soluções que integrem não só a vítima, mas também o infrator. Em se tratando da situação da justiça juvenil, essa realidade se amplia quando há necessidade de garantir o direito de educação e a reinserção do indivíduo na sociedade.

Nos modelos de Justiça Restaurativa juvenil realizados no Brasil, tem-se buscado compreender a importância da cidadania para a promoção da justiça efetiva. É necessário que haja a punição pelo fato ilícito, mas que se garantam ao jovem novas oportunidades para que possa sobreviver e deixar de ser estigmatizado como a parte vulnerável da sociedade.

Considerada como um instrumento que recorre à comunicação entre vítima e infrator, empoderando-os para um panorama de autonomia decisória, a Justiça Restaurativa almeja a celebração de um acordo destinado à reparação dos danos resultantes da atividade criminosa, satisfazendo, desse modo, os interesses legítimos da vítima, bem como à responsabilidade e à reintegração do autor do delito. Pelas razões delineadas, é possível considerar as práticas restaurativas como um novo paradigma de otimização de direitos e legitimação da tutela penal juvenil.

## YOUTH RESPONSIBILIZATION IN RESTORATIVE PRACTICES: JUSTICE THAT HUMANIZES THE PROCESS

### ABSTRACT

This study aims at explaining the historical process of transformation of the institutional normative apparatus regarding children and adolescents in Brazil, highlighting the context of serious Human Rights violations that permeate the current system of accountability of adolescents involved in the practice of infractions, introducing restorative practices and

procedures in juvenile justice. In this context, Restorative Justice is an alternative to the pacification of criminal conflicts, especially after the advent of Resolution 125 of the National Council of Justice, in the Brazilian legal scenario. Constructed from a critical analysis of the punitive system, restorative methods propose the construction of a justice based on the resolution of conflicts, by mitigating its stigmatizing and excluding effect, dialogue and respect for fundamental rights, with the participation, when convenient and possible, of the community, promoting the empowerment of those involved and social pacification. In view of this perspective, the present study aims at analyzing the construction of juvenile accountability based on the construction of a justice system that emphasizes respect for the Human Rights of adolescents. As such, a historical-dialectical approach will be used, through bibliographical research, based on the construction of critical thinking on the theme. In addition, restorative justice projects that have already implemented in Brazil will be analyzed, so as to verify, in a qualitative way, the applicability of restorative practices for effective juvenile criminal justice in the Democratic State of Law.

**Keywords:** Human Rights. Democratic State. Juvenile Criminal Justice. Restorative Justice.

## LA RESPONSABILIZACIÓN JUVENIL EN LAS PRÁCTICAS RESTAURATIVAS: UNA JUSTICIA QUE HUMANIZA EL PROCESO

### RESUMEN

El presente estudio tiene por objetivo explicitar el proceso histórico de transformación del aparato normativo institucional de atención a la crianza y al adolescente en Brasil, con destaque para el contexto de grave violación de derechos humanos que permea el sistema actual de responsabilización de adolescentes envueltos con la práctica de infracciones, apuntando para la introducción de prácticas y procedimientos restaurativos en el ámbito de la justicia juvenil. En ese contexto, la Justicia Restaurativa se presenta como alternativa a la pacificación de conflictos penales, en especial después de la Resolución 125 del Consejo Nacional de Justicia, en el escenario jurídico brasileño. Construidos a partir de un análisis crítico del sistema punitivo, los métodos restaurativos proponen la edificación de una justicia pautada en la resolución de los conflictos, por medio de la mitigación de su efecto estigmatizador y excluyente, del diálogo y del respeto a los derechos fundamentales, con la participación, cuando lo sea conveniente y posible, de la comunidad de próximos, promoviéndose el empoderamiento de las personas envueltas y la pacificación social. Delante de esa perspectiva, el presente estudio objetiva analizar la responsabilización juvenil a partir de la construcción de una justicia que prime por el respeto a los derechos humanos de los adolescentes. Para tanto, se utilizará un abordaje histórico-dialéctico, por medio de la investigación bibliográfica, teniendo por fundamento la construcción de una reflexión crítica del tema. Además, serán analizados proyectos de Justicia Restaurativa ya implantados en

Brasil, verificando, de forma qualitativa, a aplicabilidade de las prácticas restaurativas para la efectiva justicia penal juvenil en el Estado Democrático de Derecho.

**Palabras-clave:** Derechos Humanos. Estado Democrático de Derecho. Justicia Penal Juvenil. Justicia Restaurativa.

- 
- 1 A Organização das Nações Unidas traz, em sua resolução 2002/2012, a necessidade de responsabilizar eticamente os adolescentes, levando em consideração a sua idade, o seu desenvolvimento e a necessidade de garantir melhores oportunidades para esses indivíduos para que não sejam reincidentes no crime.
  - 2 O Código Penal do Império do Brasil foi o primeiro Código Penal Brasileiro. Previa a Constituição do Império (1824), em seu art.179, XVIII, a criação de um Código Criminal “fundado nas sólidas bases da Justiça, e Equidade”.
  - 3 Art. 2º Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor: I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal (BRASIL, 1979, *online*).
  - 4 O CONANDA é o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Resolução nº 119/2006 (BRASIL, 2006), que busca a integração dos órgãos de proteção da criança e do adolescente para promover a efetividade de seus direitos.
  - 5 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (BRASIL, 2012).

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro**. Disponível em: <<http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml/>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

BELOFF, Mary. Los jóvenes y el delito: la responsabilidad es la clave. In: MENDEZ, Emilio Garcia (Org.). **Infancia y democracia en la Argentina**: la cuestión de la responsabilidad penal de los adolescentes. Buenos Aires: Del Signo, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGHI, Adriana Pádua; FRASSETO, Flávio Américo. A noção de Responsabilização no Sistema de Justiça Juvenil: notas históricas sobre sua emergência, impasses e desafios. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 22, n. 109, p. 147-180, jul./ago. 2014.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **Justiça Restaurativa**: a cultura de paz na prática da Justiça. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/cultura-de-paz-na-pratica-da-justica>>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A, de 12 de Outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Revogado pela Lei 6.697 - 10/10/1979 (novo código de menores). **Presidência da República**, DF, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1910-1929/d17943aimpressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943aimpressao.htm)>. Acesso em: 17 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda). Resolução nº 119, de 11 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 2013.

\_\_\_\_\_. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Presidência da República**, DF, 16 dez. 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.242, de 17 de julho de 1921. Revoga o dispositivo do Código de 1890, que tratava da inimputabilidade e trouxe outra previsão para a responsabilidade dos menores. **Presidência da República**, Brasília, DF, 5 jan. 1921. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/L4242.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L4242.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.513, de 1 de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 1 dez. 1964. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4513.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Presidência da República**, Brasília, DF, 10 out. 1979. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1970-1979/L6697.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697.htm)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Presidência da República**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase). **Presidência da República**, Brasília, DF, 18 jan. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 822, de 2010. Declara a existência da central de práticas restaurativas junto ao juizado da infância e juventude da comarca de Porto Alegre. **TRRS**, Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <<http://jij.tjrs.jus.br/paginas/docs/justica-restaurativa/MICROSOFT-WORD-822-2010-CRIACAO-DA-CENTRAL-DE-PRATICA-RESTAURATIVA.PDF>>. Acesso em: 31 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Direitos Humanos e Instituto de Desenvolvimento Sustentável. **Pesquisa Censitária Nacional sobre Crianças e Adolescentes em Situação de rua**. Brasília, 2011.

CALLIGARIS, Contardo. **A adolescência**. São Paulo: Publifolha, 2001.

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). **Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal**. Organização das Nações Unidas: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2016. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/atos\\_normativos/resolucao/resolucao\\_225\\_31052016\\_02062016161414.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf)>. Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Justiça Restaurativa: encontro troca experiências no Mato Grosso do Sul**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/85448-justica-restaurativa-encontro-troca-experiencias-no-mato-grosso-do-sul>>. Acesso em: 25 set. 2017.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e essência da ação socioeducativa. In: ILANUD; ABMP; SEDH; UNFPA (Orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: ILANUD, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

MAPEAMENTO nacional da situação do atendimento dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas. Brasília: SEDH/IPEA, 2012.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça e educação: parceria pra a cidadania (um projeto de justiça restaurativa – São Caetano do Sul/SP). **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 18-42, 2006.

MELO, Eduardo Rezende; EDNIR, Madza; YAZBEK, Vania Curi. **Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania**. São Paulo: CECIP, 2008.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana**. Salvador: JusPodivm, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção sobre o Direito da Criança**. 1989. Disponível em: [http: <www.onu.gov.br>](http://www.onu.gov.br). Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Regras mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude**: Regras de Beijing - Resolução 40/33 - ONU - 29 de novembro de 1950. Disponível em: [http: <www.onu.gov.br>](http://www.onu.gov.br). Acesso em: 22 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes das Nações Unidas para prevenção da delinquência juvenil**: Diretrizes de Riad - 1º de março de 1988 - RIAD. Disponível em: [http: <www.onu.gov.br>](http://www.onu.gov.br). Acesso em: 22 jun. 2017.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. **Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas**: Comisión Interamericana de Derechos Humanos Relatoría sobre los Derechos de la Niñez. 2011. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/justiciajuvenil.pdf>>. Acesso em 30 ago. 2016.

PARKER, L. Lynette. Justiça restaurativa: um veículo para reforma? In: SLAKMON, C.; VITTO, R. de; PINTO, R. Gomes (Org.) **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PENIDO, Egberto de Almeida. “Justiça e Educação: parceria para a cidadania” em Heliópolis/SP: a imprescindibilidade entre Justiça Restaurativa e Educação. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 50, p. 196-204. jun./jul. 2008.

SARAIVA. João Batista da Costa. **Adolescente em conflito com a lei**: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÃO JOSÉ DE RIBAMAR. Prefeitura Municipal. **Justiça Juvenil promove cultura da não violência em São José de Ribamar**. 20 abr. 2012. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/62387-justica-restaurativa-ajuda-a-combater-a-violencia-entre-os-jovens-em-sao-luis-ma> >. Acesso em 31 ago. 2016.

SCURO NETO, Pedro. **O que é a Justiça para o Século 21?**: dados 2012. Tribunal de Justiça, Rio Grande do Sul. Disponível em [http://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/corregedoria\\_geral\\_da\\_justica/projetos/projetos/justica\\_sec\\_21/index.html](http://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/index.html)>. Acesso em: 31 ago. 2016.

SEDH. **Pesquisa Censitária Nacional sobre Crianças e Adolescentes em Situação de Rua**. Brasília: SEDH, 2012

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT. 2008.



SILVA, Enid Rocha Andrade da; MELLO, Simone Guesi de; AQUINO, Luseni Maria Cordeiro de. Os abrigos para crianças e adolescentes e a promoção do direito à convivência familiar e comunitária. In: SILVA, Enid Rocha Andrade da (Coord.). **O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para as crianças e adolescentes no Brasil**. Brasília, DF: IPEA/Conanda, 2004.

SOUZA, Tatiana Sampaio. A doutrina da proteção integral e a possibilidade de um direito penal juvenil. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 2, p. 158-179, maio/ago. 2013. Disponível em: <[http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista\\_direito\\_e\\_liberdade/article/view/480](http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/480)>. Acesso em: 13 jun. 2017.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma teoria da responsabilidade penal de adolescentes**. 2011. 226 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. Teoria e prática da mediação. In: UNITED KINGDOM. **Restorative Justice Consortium**. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZEHR, Howard. **Changing lenses: a new focus for crime and justice**. 3. ed. Ontario: Herald Press, 2005.

ZINATO, Benício Ferraz. O Estatuto da Criança e do Adolescente e seus objetivos fundamentais. **Revista Jurídica Consulex**, Distrito Federal, v. 10, n. 193, p. 39-41, 31 jan. 2005.

Submetido: 30 jul. 2017

Aprovado: 2 out. 2017

# SUJEIÇÃO DE DIREITOS, MEIO AMBIENTE E ANTROPOCENTRISMO ALARGADO

*Thiago Felipe de Souza Avanci\**

1 Introdução. 2 O sujeito, o objeto e as ciências. 3 O direito enquanto ciência. 3.1 Finalidade do direito. 3.2 Sujeito e objeto do direito. 4 Ecovisões e sujeição de direitos. 5 O antropocentrismo alargado como ponto de equilíbrio. 6 Há direito ecocêntrico? 7 Conclusões. Referências.

## RESUMO

Muitos questionamentos pairam sobre o real papel do ser humano nas ciências e, do mesmo modo, se este papel poderia ser desempenhado por figuras não humanas. Já a partir da modernidade, iniciou-se um vigoroso embate, com altos e baixos, sobre a possibilidade de se atribuir aos animais, à natureza e a outras entidades não humanas o papel de sujeitos de direitos. A partir de algumas ponderações desenvolvidas pela análise do antropocentrismo alargado, o presente trabalho tenciona demonstrar a capacidade de uma ciência com um sujeito humano, porém preocupado com as necessidades do ambiente.

**Palavras-chave:** Sujeição de direitos. Antropocentrismos. Ecovisões. Biocentrismo. Ecocentrismo.

## 1 INTRODUÇÃO

Desde quando o ser humano identificou-se como sendo artífice no meio que lhe circunda, portanto, modificador, pululou o questionamento do papel do ambiente e dos elementos que o compõem em relação à espécie artesã que detém a capacidade de modificá-lo tão drasticamente. A religião espelha uma primeira tentativa de designar essa relação: “E disse Deus: Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra.” (BÍBLIA, Gênesis, 1, 26-30).

\* Advogado. Doutorando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2017-2020), com bolsa integral. Especialização em Gestão Pública Municipal pela UNIFESP (2017-2018). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS) (2011), com bolsa integral CAPES. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Santos (UNISANTOS) (2007). Professor da Universidade Paulista - UNIP (2014-). Professor do Centro Universitário Monte Serrat (UNIMONTE) (2017-). Revisor da Revista Facultad de Derecho de Montevideo ISSN 0797-8316 (2014). Revisor de ACIDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional ISSN 2145-4493 (2014). Presidente da Comissão de Direitos da Criança e do Adolescente da OAB Guarujá (2013-2015). Vice-Presidente do Conselho de Direitos da Criança e do Adolescente de Guarujá (2016-2017). E-mail: <dr.avanci@outlook.com>.

Com a ponderação racional do posicionamento humano no universo, naturalmente, nas diversas ciências, a relação entre o ambiente e o ser humano também foi objeto de ponderações. O ser humano é partícipe igualitário do ambiente, devendo respeitá-lo ou, pela sua peculiar condição, deve subjugar-lo à sua vontade despótica? Em verdade, este debate é alheio ao propósito da Ciência do Direito. A Ciência do Direito é construída por normas geradas em função da autodeterminação e a fundamentação ético-filosófica destas normas (o porquê de terem sido feitas) constituem elementos que não dizem respeito ao Direito.

Ao Direito importa a consolidação dos pensamentos ético-filosóficos em normas positivas. E, bem assim, encontra-se em normas positivadas uma preocupação com o ambiente ecologicamente equilibrado, elevado, pois, à condição de Direito Fundamental. O art. 225 da Constituição Federal consagra o meio ambiente como um direito de todos e prescreve um preceito conservacionista que implica, necessariamente, a adoção de técnicas e instrumentos que possibilitem a proteção, a manutenção e a restauração da qualidade ambiental com vistas ao desenvolvimento sustentável.

Desse modo, ao lado de um direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, impõe-se também a existência de um dever de defesa do meio ambiente, compartilhado entre Estado e sociedade civil, baseado em um princípio de solidariedade que emana um compromisso ético para com o futuro e de equidade para com as gerações vindouras.

O objetivo geral deste trabalho é procurar refletir sobre o diálogo da ciência do Direito, na sua condição interpenetradora e regulatória, com outras ciências, com foco especial nas ciências naturais. Assim, a dúvida fundamental é se o Direito sofre alguma alteração em seus elementos estruturantes de ciência ao ser influenciado pelas ecovisões. A pesquisa será encaminhada por uma abordagem dedutiva, por meio de revisão literária, que buscará no pensamento de autoridades; a análise das questões trazidas ao debate.

Para tanto, este trabalho irá analisar, em um primeiro momento, a questão dos elementos que compõem uma ciência, em especial, o sujeito e o objeto. Após essa verificação, passa-se a enquadrar o Direito dentro desse modelo tradicionalmente instituído como ciência; buscar-se-á o sujeito, o objeto e a finalidade do Direito. Isto com o objetivo de constatar qual é o papel do ser humano dentro desta visão científica do Direito e se há alguma mudança estruturante caso o paradigma historicamente antropocêntrico fosse alterado.

Uma vez considerados esses parâmetros, observados os pontos trazidos pelas ecovisões sobre a ciência do Direito, passa-se a analisar um ponto de equilíbrio entre o antropocentrismo extremo e as ecovisões extremas, chegando-se ao denominador comum, que é o antropocentrismo alargado. Com isso, a justificativa desta pesquisa fica evidenciada a partir de reavivar uma polêmica busca por um tema debatido e não exaurido: seria possível, em prol da proteção jurídica ambiental, transformar a natureza em sujeito de direitos? Por meio deste questionamento, a depender da resposta, podem-se causar impactos absolutamente inesperados na sociedade, como um todo, já que o ser humano depende diretamente da natureza, de animais e de vegetais para manter seu *status quo*.

## 2 O SUJEITO, O OBJETO E AS CIÊNCIAS

Um gato morto e um gato vivo, simultaneamente.<sup>1</sup> Esse foi o resultado do experimento mental de mecânica quântica desenvolvido por Schrödinger (1935). A percepção do papel do sujeito-observador nas ciências mudou drasticamente com o advento da mecânica quântica, alçando-o de sujeito alheio ao sistema - em que se compreende também o objeto-observado e o objetivo/finalidade daquela - então vigente pelo modelo cartesiano, para partícipe deste. O simples ato de sujeito-observador praticar a sua observação interfere, por si só, no objeto-observado. Esse novo marco nas ciências puras demonstra que há uma necessária relação entre sujeito e objeto, não estando cada qual isolado no sistema científico.

Ao se verificar, na história, o transcorrer da relação entre sujeito e objeto, podem-se verificar três modelos distintos: um modelo subjetivista, um modelo objetivista e um modelo subjetivo-objetivo. Pelo primeiro modelo, dentro da metafísica aristotélica, um ser era determinado exclusivamente por matéria e forma em potência e em ato, o que veio a ser modificado mais tarde por Tomás, com o acréscimo da essência e da existência. Eis que, dentro desta concepção metafísica do mundo, Aristóteles defendeu um mundo único em que o conhecimento sensível é o único que importa, teoria diametralmente oposta a de seu professor, Platão. Bem assim, somente pelo sujeito-observador é que as coisas efetivamente “são”, ou seja, apresentam matéria e forma em ato (ou existência).

Esse pensamento foi modificando-se, encontrando amparo na filosofia de Descartes. O método dedutivo, puramente silogístico, foi alterado para um método experimental-metodológico, portanto indutivo, trabalhado inicialmente por Galileu e seguido por Bacon, Hobbes, Locke e Hume, empirismo que se seguiu ao racionalismo de Descartes e Newton. Em verdade, o sujeito cartesiano existe já que pensa; pensa e se indaga sobre os acontecimentos do mundo; porque se não se indagasse, não existiria e vice e versa. Tal ato de pensar do sujeito-observador ocorre independentemente do existir do objeto-observado. Eis aí o segundo modelo, em que o objeto observado passa a estar isolado do sujeito-observador. Cabe apenas ao sujeito relatar aquilo que as coisas são, objetivamente.

E o modelo cartesiano perdurou até os meados do séc. XIX, quando, de acordo com Elia, o físico Boltzmann realizou descobertas relativas à Segunda Lei da Termodinâmica, demonstrando que a “irreversibilidade dos fenômenos da natureza, é probabilística e não determinista, e depende do número de partículas envolvidas.” (ELIA, 2007, p. 6). Essa descoberta coloca em cheque a objetividade cartesiana, na medida em que a ciência passa a contar com a incerteza como sendo uma variável em relação ao objeto, o que faz que o sujeito-observador necessite se reaproximar do sistema.

A mecânica quântica e a mecânica relativista - relata Elia (2007) - substituíram a cartesiana mecânica de Newton, com aplicação na observação das partículas em velocidade próxima à da luz. Dadas as grandezas trabalhadas, pelo indeterminismo próprio deste ramo da física, deixa-se de constatar uma das grandezas atinentes ao sistema: ou se mede o lugar

(espaço), ou se mede a velocidade; ou se mede a energia, ou o tempo etc. Em outras palavras, as partículas que servem para a excitação dos sentidos do sujeito-observador estão em um mesmo nível da do objeto-observado, o que causa uma interferência com o sistema. É o terceiro modelo de relação entre sujeito e objeto.

Reside aí a resposta para a colocação inicialmente proposta. O físico austríaco Erwin Schrödinger propôs um experimento mental, conhecido pelo nome de “Gato de Schrödinger.” A proposta do físico era criar um sistema isolado, uma caixa. Dentro desta caixa, uma substância radioativa em quantidade muito pequena, que tem igual probabilidade de decair (liberar radiação) ou não. Se a substância liberar radiação, um contador Geiger, dentro da caixa, irá acionar um mecanismo que liberará um ácido que matará o gato. Por outro lado, se a substância não decair, o gato continuará vivo. Ocorre que o sistema ficará isolado, e o simples fato de o sujeito-observador abrir o sistema para eliminar a incerteza irá interferir no resultado do experimento. Com isso, Schrödinger apresentou como sendo a melhor resposta para o experimento um estado denominado “entrelaçamento quântico” (*verschränkung*), bem assim, um gato vivo e morto ao mesmo tempo.

É importante ressaltar que há diferenças entre a relação sujeito-objeto nas ciências puras e nas ciências aplicadas. Na relação sujeito-objeto das ciências puras, o fim ou objetivo será sempre a busca pela verdade. Porém, nas ciências aplicadas, o fim de cada qual será especificamente direcionado às necessidades aplicadas. Longe de um modelo cartesiano ou aristotélico, a sujeição e o objeto interagem reciprocamente com um propósito: o objeto se molda às necessidades do sujeito para realizar o fim. Amoldado nesta premissa, é possível compreender a Ciência do Direito dentro de um panorama que justifique sua sujeição antropocêntrica.

### 3 O DIREITO ENQUANTO CIÊNCIA

Para identificar o Direito como uma ciência aplicada, é necessário constatar os três elementos que compõem a estrutura metodológica de uma ciência aplicada: o sujeito, o objeto e a finalidade. E, como já se explicou, o modelo das ciências aplicadas não é a pura identificação das verdades naturais, até mesmo porque tais dogmas, nestas espécies de ciências, são questionáveis no seu nascimento. Parece ser uma visão limitada afirmar que o Direito se constitui de uma mera busca e aplicação de direitos naturais, quando nem sequer se pode precisar o que são direitos naturais. Pautado, assim, em um paradigma mais objetivo, há de se perceber o Direito como uma ciência com outra finalidade.

Deveras, há tantas teorias que justifiquem o Direito, quantos autores que sobre este tema escrevam. Del Vecchio (1960), adaptando Kant, erigia seu *jusnaturalismo* na capacidade de autoafirmação do homem a qual era pautada em sua liberdade. Igualmente, Alexy (2008) e Romano (1977). Kelsen (1976, 1996) em seu purismo, Miaille (2005) com sua crítica à vinculação do Direito à justiça e Ross (2003), refutando a moralidade como matriz

para o Direito, entendiam que a norma era fim em si mesma. Hervada (2006) parte em direção contrária, pautando sua teoria na justiça como instrumento consagrador do direito subjetivo. Ferrajoli (2009) identifica como sendo a igualdade que se realizará na democracia constitucional derivada do modelo de contrato social. Há, ainda, posicionamento, como contido na Declaração de Haia sobre o ambiente de 1989, de que o direito de viver é aquele do qual derivam todos os outros direitos.<sup>2</sup>

E demonstra ser interessante partir-se de premissa de Hart sobre o tema, em que deveria ser abandonada a ideia de que o sistema jurídico consiste em mero hábito de obediência (HART, 1977). Esse pensamento de Hart indica que o Direito não existe apenas com um propósito de impor, portanto, o que excluiria a norma como finalidade do Direito. E, nesse sentido, tudo leva a crer que a liberdade, a igualdade e a vida constituem premissas a serem realizadas dentro de um sistema que os precede. Finalmente, a justiça, embora muito próxima com a ideia do Direito enquanto ciência, por sua intangibilidade, acaba perdendo força ante a dificuldade de defini-la.

### 3.1 FINALIDADE DO DIREITO

Interpretando a ideia de Hart acima exposta, o Direito não existe por si só, existe porque é necessário. Liberdade, norma, justiça, democracia, enfim, todos esses elementos do Direito são parte de um grande sistema científico que objetiva garantir a Dignidade Humana. Eis que soergue um problema: não seria Dignidade Humana um valor tão intangível quanto *e.g.* a Justiça? Tudo irá depender da compreensão de Dignidade Humana. Se for adotada uma percepção objetiva de Dignidade Humana, pode-se trabalhar com este conceito sem que se gerem incertezas e impropriedades.

Nesse sentido, a ideia de Dignidade Humana<sup>3</sup> tem nascimento com a própria compreensão da natureza humana enquanto ser pensante. Fica claro, na Instrução do Vaticano *Dignitas Personae* e na Encíclica *Rerum Novarum*, que a Dignidade Humana deriva da criação do ser humano por Deus, da imagem e da semelhança do Deus-Filho, por meio de quem o homem pode ser Filho de Deus. Assim, nada que vem do sagrado e tem potencial para retornar ao sagrado merece qualquer coisa menos do que dignidade. Na verdade, essa acepção religiosa da dignidade humana, longe de ser nascida no cristianismo, já era encontrada desde o judaísmo primitivo, observado em Gn. 2,7, quando YHVH moldou, a partir de *adamah* (terra fértil e cultivável), Adam (o homem), à sua própria imagem.

Dos filósofos do início da modernidade, o italiano Pico della Mirandola foi um dos primeiros autores, já no séc. XV, a estudar mais atentamente a temática, sob uma perspectiva mais próxima ao Direito. Pautado em estudos da Cabala judaica, do Corão islã e dos Diálogos de Platão, Pico della Mirandola, ao escrever *Oratio de hominis dignitate*, desenvolveu a ideia de que a Dignidade Humana decorre, notadamente, da liberdade que Deus concedeu ao ser humano e, implicitamente da racionalidade que faz o homem evoluir a filhos de Deus, em

contrapartida à emoção que os lega às bestas.<sup>4</sup> Mirandola apresenta argumentos que merecem atenção. Afastando a conotação religiosa de seu texto, observa-se que a liberdade defendida é o motivo imediato que torna o ser humano especial, *um camaleão que haveria de ser admirado por todos*,<sup>5</sup> preferido até em relação aos anjos. Pelo movimento Renascentista, outro motivo, menos evidente, é apresentado como motor da força humana, a razão frente à emoção.

Possivelmente, Kant foi o primeiro a dar concretude jurídica (mais aproximado ao Direito hodierno) ao conceito de Dignidade Humana com a necessária profundidade, afirmando que “a ideia da dignidade de um ser racional [...] não obedece a nenhuma outra lei que não seja, ao mesmo tempo, instituída por ele próprio.” (KANT, 2006, *online*). E continua apresentando como seu fundamento lógico à Dignidade: tudo o que existe possui ou um preço ou uma dignidade; se uma coisa possui um preço, pode ser substituída por outra coisa equivalente; tal não é possível com a Dignidade, que não possui equivalente, estando, assim, acima de todo preço.

Abbagnano (1982), reconhecido também por pesquisa de Garcia, opera conceito pela fórmula categórica de Kant para a Dignidade Humana: “Age de tal forma que trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre também como fim e nunca unicamente como um meio.” (GARCIA, 2004, p. 196-197, nota 101). Esse pensamento reforça a ideia da infungibilidade da Dignidade Humana e de como é colocada “infinitamente acima de todo preço, com o qual não pode ser nem avaliada nem confrontada, sem que de algum modo se lese sua santidade” (KANT, 2006, *online*). Nessa linha de raciocínio, Garcia conceitua, com muita felicidade, como sendo “a compreensão do ser humano na sua integridade física e psíquica, como autodeterminação consciente.” (GARCIA, 2008, p. 84).

Chega-se, assim, a um conceito jurídico sólido de Dignidade Humana, seguindo, assim, a linha positiva deste estudo: é a pura autodeterminação enquanto valor fático. É apreensível que inexistente qualquer vislumbre de moralidade, religiosidade ou quaisquer outras filosofias que procurem justificar uma supremacia humana. Dentro de uma ideia aproximada a esta noção individualista, a concepção comunitarista de Dignidade exsurge sintetizada por Ricoeur (2008): o reconhecimento, um dado fático sobre o qual se possibilitaria erigir uma ciência.

De qualquer forma, em uma postura individualista, é justamente nessa ausência de debate sobre a posição – central ou não – do ser humano no universo (própria das concepções religiosas ou metafísicas) que consagra a teoria da autodeterminação no ideário pós-positivista. Düring também tratou do tema, com profundidade, principalmente no pós-guerra alemão. Chegou, também, à conclusão de ser a autodeterminação característica central para um ser humano. Derivado de seu pensamento jurídico próprio difere, no entanto, por atribuir valorização especial ao ser humano, na medida em que:

Cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta, bem como de formatar a sua existência e o meio que o circunda (DÜRING, 1956, p. 125 apud SARLET, 2010, p. 46).<sup>6</sup>

Pautando-se, assim, na Dignidade como finalidade a ser atingida na Ciência do Direito, a conseqüente relação entre sujeito e objeto torna-se perceptível.

### 3.2 SUJEITO E OBJETO DO DIREITO

O Direito se justifica, ao que tudo indica, partindo do pressuposto de que a *autodeterminação* é decorrente da *racionalidade* e do *livre arbítrio*. A racionalidade do ser humano é sua capacidade de projetar seu pensamento com lógica, condição que permite superar o instinto ou a reação condicionada. O livre arbítrio, de outra sorte, é a liberdade de o ser humano escolher entre possibilidades diversas, qual será a sua ação. Ambos, racionalidade e livre arbítrio, interdependentes, são os elementos que combinados justificam a criação de uma ciência normativa imputativa. Em outras palavras, racionalidade e livre arbítrio desencadeiam a necessidade de se determinar um comportamento específico ao ser humano. Hervada bem afirma que “o que possibilita o homem ser sujeito de direitos [...]” reside no fato de o homem não se movimentar “[...] exclusivamente por forças e instintos biológicos; em última instância, o homem é responsável por seus atos pessoais, porque pela razão e pela vontade decide livremente.” (HERVADA, 2006, p. 55-56). Nesse sentido, doutrinava Kelsen, afirmando que o Direito é uma ciência normativa imputativa, em que se definem normas feitas por seres humanos e para seres humanos, com o objetivo de imputar um “*dever ser*” à conduta humana, que é pautada no livre-arbítrio e na racionalidade.

O Direito se erige, de acordo com essa ideia positiva, sobre a autodeterminação humana, decorrente do livre arbítrio e da racionalidade, imputando ao ser humano exclusividade na dotação de direitos e obrigações. Enquanto umas ciências sociais estudam e analisam as normas valorativas como motivadoras comportamentais, outras o fazem acerca de normas físicas, químicas ou biológicas e suas conseqüências em seus respectivos campos, outras, ainda, lidam com o normativo Divino e as suas conseqüências sobre o ser humano. O Direito opera estritamente por meio de imputações normativas feitas por seres humanos para se estipular uma conduta a ser seguida.

Kelsen chegou a afirmar que

É necessário admitir que o homem tem uma vontade livre, isto é, não determinada causalmente” como forma de explicar “por que é que apenas consideramos ético-juridicamente responsável o homem e não as coisas inanimadas, os fenômenos da natureza ou os animais – para explicar porque é que apenas consideramos imputável o homem (KELSEN, 1996, p. 107).

E continuou, afirmando que

Apenas consideramos imputáveis os homens porque e na medida em que as ordens morais e jurídicas apenas prescrevem condutas humanas porque se admite que a representação das suas normas somente no homem provoca atos de vontade que, por sua vez, causam a conduta prescrita. A explicação não está, portanto, na liberdade, mas, inversamente, na determinação causal da vontade humana (KELSEN, 1996, p. 108).



Diferentemente da intelecção da teoria de Kelsen,<sup>7</sup> no entanto, em um pensamento mais aproximado com os ideários modernos do pós-positivismo, a norma não é o Direito nem tampouco seu objeto. A norma é a ferramenta, o *objeto* do qual o Direito se vale para ver concretizado seu objeto. A norma é o que definirá o comportamento a ser seguido pelo ser humano, ou seja, a imputação de comportamento. Em razão disso, é possível afirmar que o Direito é uma ciência imputativa normativa. Assim sendo, chega-se a uma conclusão de que a norma decorre da capacidade humana de autodeterminação (que provém da racionalidade e do livre-arbítrio) com o objetivo de se fazer respeitar, em princípio, a própria autodeterminação em sua acepção de valor jurídico, a Dignidade Humana.<sup>8</sup> Isso indica e denota a dupla faceta do Direito: realizar a autodeterminação e restringir a autodeterminação, uma não ocorrendo sem a outra.

Por força de consequência, cada norma existente no Direito terá o condão de realizar, direta ou indiretamente, a Dignidade Humana. Em razão disso, chega-se ao posicionamento pós-positivista contrário à ideia clássica de que a norma é o Direito. É possível pensar no próprio Estado, enquanto ficção jurídica, como meio para a realização do objeto do Direito. Avançando um pouco mais no pensamento lógico, é em função da autodeterminação humana que o Direito é antropocêntrico.

Assim, uma conclusão pode ser inferida: o ser humano ser sujeito de direitos não decorre do fato de ele ser objeto da tutela de direitos. Um determinado direito ser tutelado por uma norma é expressão da capacidade humana de se autodeterminar. E pode ser o objeto central desta norma tutelada qualquer bem jurídico que se queira. Isso coloca em uma delicada perspectiva o posicionamento pós-moderno de tentar expandir a “sujeição de direitos” às visões ecocêntricas.

#### 4 ECOVISÕES E SUJEIÇÃO DE DIREITOS

Note-se, pois, que o fato de o Direito tutelar bens jurídicos distintos do humano (e.g. animais, vegetais, natureza) não torna esta Ciência biocêntrica ou ecocêntrica. A Ciência do Direito continua sendo antropocêntrica porque é destinada a impor comportamento humano por meio de normas.

Superficialmente analisada, assim, a questão da tutela dos bens jurídicos, observa-se que três são os modelos que servem de paradigma para o Direito, conforme ensina Leite (2007). No que tange à sujeição do Direito, o primeiro modelo, antropocêntrico, “economicocentrico reduz o bem ambiental a valor de ordem econômica”, afastando-se, assim, de uma preocupação ambiental que não gere lucro imediato. O segundo modelo, o antropocentrismo alargado, “centra a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano”, constituindo-se em modelo alargado justamente porque esta proteção ambiental é necessária para a “sobrevivência da própria espécie humana.” (LEITE, 2007, p. 137). Finalmente, um terceiro modelo, a ecologia profunda, nas palavras de Capra, “não separa os seres humanos

– ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural.” (CAPRA, 2006, p. 31), (LEITE, 2007, p. 139), havendo por se constituírem todas as coisas existentes em uma interconexão e interdependência, o que ressaltaria o valor intrínseco de cada coisa e cada ser.

Também apresentando três fases, Ferry (2009) explica as tendências do ambientalismo: o movimento ambientalista de natureza democrática visa a proteger os interesses do homem, por meio da proteção da natureza. Esta não tem valor intrínseco, mas sua degradação constitui perigo para os seres humanos; a segunda fase, utilitarista, defende que o sofrimento dos animais deve ser considerado moralmente, tal e qual o sofrimento humano. Os animais são sujeitos de direito, e é esta a justificativa usada na defesa dos interesses animais; a terceira atribui à própria natureza os direitos, incluindo sua aceção não animal. Esta seria a tendência da ecologia profunda.

Desde a década de 1970, o Direito tende a migrar de um antropocentrismo econômico-cêntrico para o antropocentrismo alargado, porém sempre antropocêntrico em sua sujeição. Ainda que defenda valores da ecologia profunda em seu bojo (conteúdo comum), a sujeição é sempre antropocêntrica.

No entanto, amparado por uma base filosófica nascida no Século XVIII, questiona-se o porquê de o Direito ser antropocêntrico (ainda que em modelo alargado) quando, à mercê de uma visão holística, deveria ser ecocêntrico. Esse questionamento filosófico se inicia, pode-se dizer, com Bentham, consagrado na frase na nota 122 de *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* de 1798: A questão não é podem os animais raciocinar; nem podem eles falar; mas sim eles sofrem? (BENTHAM, 1907).<sup>9</sup> O filósofo-jurista inglês concentra sua crítica no fato de as ciências focarem na racionalidade humana como critério de superioridade da raça humana sobre as demais espécies. A ideia de Bentham é filosoficamente perfeita, porém não aplicável à ciência do Direito. Mesmo Bobbio chegou a afirmar que “[olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito [...] a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos.” (BOBBIO, 1992, p. 63).

Teorizando positivamente, o Direito não é antropocêntrico em função da racionalidade humana, mas sim em função da autodeterminação humana que resulta em imputação normativa da qual decorrem os direitos subjetivos e as obrigações. O Direito, enquanto ciência, existe com o fim de reger, por meio de sua normativa, um comportamento humano que satisfaça a realização da Dignidade Humana. De se esclarecer que esta necessidade normativa existe em função do livre arbítrio e da racionalidade humana, decisivo à autodeterminação, por isso destinada exclusivamente ao ser humano.

O Direito não tem como condão a valoração moral. Não parte, assim, da premissa de que o ser humano, por ser racional, é o centro de tudo; parte, sim, da premissa de que suas normas são destinadas aos seres humanos porque criados por seres humanos, para atribuição de comportamento aos seres humanos. Assim, se a própria normativa humana impõe que se respeitem determinados interesses não humanos, fá-lo com base na autodeterminação.

Tem-se, pois, que o Direito existe com o objetivo de imputar condutas porque o ser humano é racional e porque possui livre-arbítrio. É diferente e sem sentido, de acordo com o pensamento positivo, afirmar que o Direito existe porque o ser humano é racional. Toda a ciência existe em função da racionalidade humana, mas somente o Direito possui o condão de imputar. Com propriedade, Fiorillo bem acentua que “o direito ambiental possui uma necessária visão antropocêntrica, porquanto o único animal racional é o homem, cabendo a este a preservação das espécies, incluindo a sua própria”, e que “não se submete o animal à crueldade em razão de ele” (ser humano) “ser titular do direito, mas sim porque essa vedação busca proporcionar ao homem uma vida com mais qualidade.” (FIORILLO, 2006, p. 16-17, *passim*).

## 5 O ANTROPOCENTRISMO ALARGADO COMO PONTO DE EQUILÍBRIO

François Ost (1997) adverte que a crise ecológica vai muito além de mera destruição dos recursos ambientais, situando-se em um panorama mais profundo relativo à concepção que rege a relação do homem com a natureza.

No âmbito dessa crise referente ao vínculo com a natureza e à necessidade de limites em relação a ela, Ost (1997) enfatiza que o homem alterna extremos antitéticos e reciprocamente equivocados ao tratar a natureza ora como objeto ora como sujeito das relações jurídicas.

Esses extremos de coisificação, baseada no antropocentrismo clássico ou na personificação da natureza, fundamentada na ecologia profunda, acabam revelando a crise de vínculo que pode desprezar a natureza (no caso da natureza-objeto) ou sujeitar o homem à sua vontade (no caso da natureza-sujeito) (OST, 1997).

A síntese entre essas perspectivas éticas é trabalhada por François Ost na concepção natureza-projeto calcada em uma perspectiva de justiça que, longe de absolutizar o sujeito e o objeto, os coloca em relação, abrindo-os um ao outro sem importar em sua confusão. Para o autor, “o que contará, a partir de agora, mais do que a identidade do objeto ou do sujeito, é a relação ou tensão que os constitui, o elo que os une.” (OST, 1997, p. 272-273).

Diante dessa perspectiva de uma nova relação ética entre homem e natureza frente aos antagonismos e aos extremos existentes, Leite (2003, p. 76) destaca o antropocentrismo alargado como mecanismo mediador frente a essas visões, representando o abandono de ideias de separação, dominação e submissão de maneira a buscar-se “uma interação entre os universos distintos e a ação humana.”

De uma maneira geral, a concepção do antropocentrismo alargado acaba por ensejar um aprimoramento da responsabilidade humana frente à natureza, compreendendo o homem como guardião da biosfera de modo que a tutela ambiental passe a abranger não apenas o que fornece algum proveito econômico mas também toda a capacidade funcional ecológica do patrimônio natural (SENDIM, 1998).

No mesmo sentido, Leite (2003, p. 77) afirma o seguinte:

[...] a perspectiva antropocêntrica alargada propõe não uma restritiva visão de que o homem tutela o meio ambiente única e exclusivamente para proteger a capacidade de aproveitamento deste, considerando precipuamente satisfazer as necessidades individuais dos consumidores, em uma definição economicocêntrica. Com efeito, esta proposta visa, de maneira adversa, a abranger também a tutela do meio ambiente, independentemente da sua utilidade direta, e busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação.

Apesar de estabelecer uma conexão direta do meio ambiente em relação à qualidade de vida, a Constituição Federal, em seu art. 225, acaba por acolher a perspectiva ética do antropocentrismo alargado, em razão de se verificarem disposições que tutelam a flora, a fauna, os ecossistemas e os processos ecológicos como elementos dotados de valor intrínseco e autônomo em relação aos interesses diretos do homem.

Ao abordar essa questão, Mirra (2002, p. 59) assevera que o ordenamento brasileiro reconhece o meio ambiente como “valor digno de proteção enquanto tal”, já que a proteção à totalidade de elementos ou fatores naturais, artificiais e culturais que condicionam a vida corresponde a “levar em consideração tudo o que a envolve e influi, como objeto de proteção jurídica.”

Reconhecendo que a promoção do bem-estar da humanidade passa a compartilhar seu espaço no sistema jurídico com todas as formas de vida, Ayala (2004) defende que o que se deve procurar é a consideração jurídica da natureza, e não sua personificação.

Nessa perspectiva, a consideração jurídica da natureza corresponde à sua compreensão como bem jurídico entendido na noção de objeto de imputação. Nesse sentido, a dignidade jurídica da natureza será materializada na sua qualidade de bem ambiental, tendo em vista que, como centro de imputação, também será como qualidade jurídica fundamental beneficiária de atividades de garantia (AYALA, 2004).

Nesses termos, o advento da concepção do antropocentrismo alargado e seu respectivo acolhimento na tutela jurídica do meio ambiente representa a inserção de novos valores e a conjugação de novos interesses no sentido de balancear a estrutura jurídica frente ao advento do desafio de uma nova postura ética em relação à questão ambiental.

Por meio do antropocentrismo alargado, a natureza passa a ser objeto de uma consideração jurídica no intuito de se institucionalizar deveres ecológicos tendentes a ensejar o respeito aos seus atributos e valores intrínsecos.

Com base nesse postulado ético conciliatório, verifica-se que a disciplina jurídica do meio ambiente possui um perfil que permite a defesa da natureza sem absolutizá-la como objeto ou como sujeito, mas mantendo canais abertos, com uma visão holística, que oferecem proteção aos recursos naturais (microbem) e a toda sua cadeia de interrelações (macrobem) de forma a harmonizar valores humanos e não humanos.

## 6 HÁ DIREITO ECOCÊNTRICO?

Um ponto também apresentado como justificativa ao biocentrismo (CASTRO, 2008; SOFFIATI, 2009) é afirmação de que “o princípio da vida é uno.” Eticamente, filosoficamente, teologicamente, o princípio da vida é ou pode ser uno, dependendo de quem o valore. Não há como sustentar a unidade do princípio à vida de diferentes espécies como fundamento para a sujeição de uma Ciência que existe em função da autodeterminação de uma única espécie. Não cabe ao Direito positivamente estudado impor ao ser humano valores morais que sirvam para atribuir às espécies não humanas uma equiparação forçada com o ser humano.

Ora, se o Direito serve para impor comportamento aos seres humanos, seria possível pensar em uma norma destinada ao animal ou ao vegetal? O ser humano pode criar uma norma destinada a si: “Matar alguém. Pena - reclusão, de seis a vinte anos.”<sup>10</sup> No entanto, *ab absurdo*, poderia o Direito criar uma norma para os cachorros: *Morder um ser humano. Pena - represália vigorosa com um chinelo*. Tal não seria possível justamente pela impossibilidade de se equiparar, por razões biológicas, o ser humano ao cachorro. Mas perceba-se que há possibilidade de se criarem normas que protegem os animais de maus-tratos, por exemplo, sem condicioná-los à surreal situação de sujeitos: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”<sup>11</sup>

Canotilho tece interessante comentário sobre o assunto, *en passant*, ao afirmar que há tendência de mudança na “*responsabilidade antropocêntrica*” para “*responsabilidade ecocêntrica*” (CANOTILHO, 2007, p. 7), o que parece indicar uma posição contrária ao antropocentrismo jurídico. Note-se, no entanto, que Canotilho não utiliza a expressão “sujeitos de direito”, mas sim responsabilidade e reconhecimento do valor intrínseco da natureza. Assim, assumir que o Direito defenda posição ecocêntrica ou biocêntrica difere completamente de afirmar-se que o Direito reconhece sujeição ecocêntrica ou biocêntrica. Na primeira situação, a sujeição de Direitos continua antropocêntrica, reconhecido, no entanto, que, para a realização da Dignidade Humana e em função de sua autodeterminação, é necessária a proteção de determinados valores e interesses ecocêntricos ou biocêntricos. Na segunda situação, há uma verdadeira colisão de direitos insolúvel, com dois sujeitos de Direito distintos “clamando” pela aplicação de seu Direito.

Por outro lado, Benjamin adota posição ousada pautada em uma ideia de solidariedade interespecies e perante a natureza, o que proporcionaria uma visão holística do Direito, afastando-se do Direito *welfarista*. Inicialmente, afirma que, em função de “valor intrínseco à natureza”, o ser humano deveria romper com o paradigma contratualista<sup>12</sup> (BENJAMIN, 2007, p. 85-111, *passim*), atribuindo, nas palavras de Rodrigues, direitos de cujas “todas formas de vidas são seus titulares” (RODRIGUES, 2002, p. 61). Bem assim, afirma Benjamin que o constituinte brasileiro de 1988 adotou técnica antropocêntrica mitigada, uma vez que incorporou aspectos estritamente antropocêntricos (proteção à presente e às futuras gerações, conforme caput do art. 225 da Constituição), bem como filiação biocêntrica (citando como exemplo a “noção de ‘preservação’, no caput do art. 225”) (BENJAMIN, 2007, p. 110).

A atribuição de sujeição à natureza e a outros seres vivos não se dá em função de um paradigma contratualista. Biocentrismo ou ecocentrismo não são possíveis porque, em ambos os casos, haveria uma desigualdade insuperável em relação àqueles outros seres. A pessoa é dotada de autodeterminação, que a faz único sujeito de direitos, revestindo-o com a consequente Dignidade. Assumir que outros seres vivos sejam sujeitos de direitos seria criar uma ficção insustentável dentro do Direito, uma vez que tais seres não possuem autodeterminação e, conseqüentemente, para o Direito, não possuem Dignidade própria. Cumpre reiterar que a Dignidade valorativa de cada ser vivo existe no campo da Ética, porém não no campo do Direito, alheio a esta valoração moral.

Ost (1995, p. 257), citado por Leite (2007, p. 144), afirma que o que se procura com o biocentrismo é uma igualdade de direitos, não uma igualdade de fato e uma igualdade de consideração, e não igualdade de tratamento. Esse pensamento é adequado sob uma perspectiva Ética e não jurídica positiva. Primeiramente, porque uma igualdade teórica não resolveria adequadamente o problema fático. Ou a igualdade é objetiva e plena ou não existe, e uma igualdade formal entre direitos dos seres humanos e dos demais seres vivos é impraticável. Por outro lado, uma igualdade teórica continuaria a não proteger os interesses dos demais seres vivos. Finalmente, valer-se de igualdade de consideração significaria adicionar um elemento puramente valorativo ao Direito, o que foge à predisposição desta ciência.

O Direito defende os interesses naturais, porém isso não o torna ciência com sujeição ecocêntrica ou biocêntrica. É autodeterminação, leia-se Dignidade Humana, o foco do Direito e de sua sujeição e, pelo fato mesmo, antropocêntrico.

Nesse sentido, ingressando no cerne do título deste tema, cabem curiosas constatações acerca da história da sujeição biocêntrica e ecocêntrica. Ferry (2009) aponta, sendo desconhecido pelo grande público que, derivado do pensamento do direito romano antigo em que ao juiz caberia estabelecer ordem sobre todas as coisas, de maneira que entre os séculos XXIII e XXVIII, ações judiciais contra animais eram mais comuns do que se pode imaginar. Em tais ações, movidas contra porco que comeu a mão de uma criança, ratos que invadiram uma igreja, carunchos que causavam prejuízos a vinhas etc., o autor aponta que havia o reconhecimento de tais animais como “sujeitos de direito”, o que revela ser esta questão muito antiga. Assim, o porco que comeu a mão da criança foi ele próprio punido com a morte, com execução feita por carrasco, sem ter o dono do porco sofrido qualquer responsabilização. Com o humanismo evidenciado no séc. XVIII, este reconhecimento da sujeição dos animais perdeu força.

O movimento ganhou força novamente, de acordo com Ferry (2009), no fim da década de 1970. Em verdade, aponta o autor que naquela mesma década houve comoção no vale de Sierra Nevada (Estados Unidos) relativa aos direitos de montanhas e rochedos. Explica o autor que, na época, o governo norte-americano permitiu que a Walt Disney construísse um parque naquela região, decisão administrativa combatida judicialmente por *Sierra Club*, uma das mais fortes associações de ecologistas do mundo. Na ação, foram utilizados argumentos de que o parque temático iria destruir o equilíbrio da região. Assim, para impedir a construção,

o advogado da entidade pedia o reconhecimento dos direitos legais das florestas, dos oceanos, dos rios e do meio ambiente em geral, cogitando, inclusive, representação proporcional para as árvores no poder legislativo. Em função disso, a natureza teria uma personalidade jurídica e poderia ser defendida por advogado ou uma associação.

Ainda impregnada pela defesa do ambiente, a década de 1970 também teve como marco a Declaração Universal do Direito dos Animais da UNESCO/78. Esta *soft law*, aprovada em Bruxelas em 1978, apesar de defender o “direito dos animais”, o faz sem fulcro no biocentrismo/ecocentrismo, já que defende uma supremacia humana perante os animais. No preâmbulo, a Declaração afirma que todos os animais possuem direitos. Todavia, logo o item 2 do art. 3º autoriza o abate do animal desde que de modo instantâneo e indolor; no mesmo sentido, o animal criado para a alimentação (humana) deve ser cuidado de modo que lhe cause o menor sofrimento, dor e angústia possível (art. 9º). Eis, novamente, a problemática novamente na concepção positiva do Direito: ou se dota o animal com Direitos equiparáveis aos humanos (em que pese haver colisão entre direitos) ou se admite que, dentro da Ciência do Direito, o não humano acaba tendo que se submeter às necessidades humanas, procurando-se, ao máximo, realizar a Dignidade Humana resguardando os interesses daquele. A crítica do positivismo a essa ideia reside no fato de seus defensores assumirem uma postura teórica de equiparação de direitos entre os não humanos e o ser humano e, na prática, apresentarem a impossibilidade em fazer tal equiparação.

Hodiernamente, a matéria não perdeu força. O conteúdo da Constituição Política da República do Equador é grande exemplo disto. O art. 71 daquela Constituição afirma que a natureza, ou *Pacha Mama*, em que se reproduz e se realiza a vida, “tem o direito” que seja respeitada integralmente sua existência e sejam respeitadas a manutenção e a regeneração dos seus ciclos vitais, estrutura, função e processos evolutivos. Enfatiza, ainda, que qualquer pessoa, comunidade, povo ou cidadãos poderá exigir da autoridade pública o cumprimento “dos direitos da natureza.”<sup>13</sup>

Observa-se uma notória atribuição de direitos à *Pacha Mama* (em quíchua, deidade máxima, a “Mãe Natureza”), algo inusitado, dado o seu caráter superior à natureza em si, já que é uma deidade. Não há notícia de outra Constituição ou lei laica que tenha tomado semelhante atitude em elevar a natureza/deidade ao grau de sujeito de direito.

Tudo indica que a elevação a sujeito de direito de *Pacha Mama* deve ser interpretada com ressalvas, já que o art. 74 da mesma Constituição afirma que as pessoas, a comunidade, os povos e os cidadãos “têm direito” de se beneficiar do ambiente e das riquezas naturais que lhes viabilizem qualidade de vida. E complementa afirmando que os serviços ambientais não serão suscetíveis de apropriação, sendo sua produção, prestação, uso e aproveitamento regulados pelo Estado.<sup>14</sup> De um lado, diz-se que a natureza tem direitos. De outro, diz-se que as pessoas podem usufruir do ambiente e das riquezas naturais em busca de uma qualidade de vida. Há uma clara oposição entre Direitos dos seres humanos e o Direito de *Pacha Mama* de que sejam respeitadas sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais.

Ao que se apresenta, a situação parece, como no caso da Declaração de Direitos dos Animais, se tratar de uma falsa atribuição de sujeição, em que se utiliza a expressão “a natureza tem direito” ou “os animais têm direito” como um designativo de preceitos a serem observados pelos seres humanos, estes sim, como sujeitos de direito. Em sendo, a Constituição Equatoriana, recente (EQUADOR, 2008), resta esperar como se dará a sua aplicação mediante esta aparente colisão de normas constitucionais, uma vez que, segundo pesquisado, até maio de 2012, nem a Corte Constitucional nem tampouco a Corte Suprema (Corte Nacional de Justiça) não haviam julgado nenhum caso relacionado ao Direito Ambiental.

O principal e justificado receio dos defensores da visão biocêntrica e ecocêntrica acerca da visão antropocêntrica de sujeição de Direito é a convalidação de todas as atitudes humanas, ao ambiente natural e aos demais seres vivos, por mais nocivas que sejam, em função de uma supremacia humana.

Infelizmente, (ainda) existem defensores de uma visão antropocêntrica pautada no pensamento “posso tudo porque sou humano”: o ser humano não como centro da ciência do Direito, mas como centro de todas as ciências e mesmo do Universo em si. Não é esta a melhor visão antropocêntrica, uma vez que absurda e distante da realização da Dignidade Humana. Não parece ser esta a visão de sujeição antropocêntrica seguida pelo positivismo.

Em verdade, por mais contraditório que pareça, na Dignidade Humana, ou seja, na autodeterminação humana, residem a observância e o respeito aos ideais e às responsabilidades ecocêntricas e biocêntricas. Conforme já foi dito, a Dignidade Humana pode ser realizada por meio de normas que objetivem imediatamente a sua realização (direito à vida, direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), bem como normas que não tenham este objetivo imediato.

Ferry, nesse sentido, acaba ele próprio reconhecendo parte da problemática da atribuição de direitos aos animais:

Então, de certa forma, sim, você tem razão, as discussões sobre os direitos animais ou das árvores são uma forma de retorno às visões antigas do mundo. O problema, a princípio, é que, hoje, quando alguém tem direitos, tem também deveres, algo que para os animais e as árvores é um tanto complicado (FERRY, 2010, *online*).

O ser humano limitar o ser humano é o preceito da autodeterminação. Eis que a humanidade, ao longo de muitos séculos de estudo e desenvolvimento de diversas teses filosóficas, entendeu que ao Direito cabe a proteção dos interesses ecocêntricos e biocêntricos, antes somente defendidos filosoficamente e, eventualmente, teologicamente. Assim, tais interesses devem ser respeitados como forma de realização da Dignidade Humana. Respeitar tais interesses, repita-se à exaustão, não constitui em alteração da sujeição de Direito, sempre antropocêntrica.

O estudado até este momento permitiu a fixação de bases, dentro de um pensamento positivo, da relação simbiótica entre Direito, proteção ambiental e ser humano. Foi possível constatar que ser o Direito sustentado por um pensamento positivo não afasta a sua proteção ambiental, inclusive relativamente a bens jurídicos não humanos. Pode-se, assim, verificar



que, pelo papel da norma dentro do Direito, haverá necessidade de sua observância independente do valor ético subjetivo que o bem jurídico tutelado possua. Com isso, é possível avançar para a relação entre o Direito Fundamental e a proteção ambiental, já que o Direito Fundamental é a maior expressão hierárquica dentro do sistema normativo de um Estado.

## 7 CONCLUSÕES

Partindo-se das premissas designadas neste estudo, ser sujeito de direitos não equivale ao designativo ter direitos. Ser sujeito de direitos significa ser simultaneamente o ourives e a joia em relação à Ciência do Direito: a norma que limita a ação humana é criada pelo ser humano. E a norma é objeto do Direito, sempre com o objetivo de realizar a Dignidade Humana que é, em última análise, a autodeterminação humana.

Porque o ser humano é o único animal capaz de se autodeterminar é que se diz que o *Homo sapiens sapiens* é o único sujeito de direitos possível. O ser humano cria normas para reger a si mesmo, vale dizer, imputa comportamento por meio da normativa. Tal normativa somente tem sentido em ser atribuída, no pensamento positivista, àquele que detém efetivamente a autodeterminação.

O Direito pode impor normas que atendam interesses alheios e, muitas vezes, contrários aos do ser humano, de forma a atender às necessidades do ambiente natural e das criaturas viventes. Esta preocupação ecológica não torna, no entanto, a natureza como um todo e as criaturas vivas em sujeitos de direito.

Os Direitos Fundamentais constituem a mais elevada e distinta categoria de Direitos na ordem de um Estado, sendo a máxima expressão da Dignidade Humana. E o reconhecimento do ambiente como Direito Fundamental marcou definitivamente a mudança do paradigma científico jurídico do objeto tutelado pelas normas. A preocupação de um Direito ainda antropocêntrico em sua sujeição assumia uma tutela mais ampliada em seu objeto. A vontade humana moldou a vontade humana, de modo a definir a importância da proteção ambiental pela Ciência do Direito.

Com isso, o fato de não se reconhecer a natureza ou os animais e vegetais como sujeitos da Ciência do Direito não os coloca em um patamar inferior de proteção de seus interesses. Muito ao contrário. Se somente o ser humano pode determinar o seu próprio comportamento, cabe-lhe uma missão única: ser dotado com o poder para destruir e utilizá-lo, ao invés, para construir e respeitar.

Por fim, de se ponderar: o reconhecimento unilateral, pelos seres humanos, de sujeição não humana de Direitos, ainda que superados todos os problemas lógico-científicos, seria a melhor solução? Não seria o reconhecimento da sujeição de direitos, neste caso, justamente porque feito unilateralmente, por um polo apenas, ou seja, no caso, pelos seres humanos - uma simples forma de imposição de normas às espécies não humanas e, portanto, um não verdadeiro reconhecimento.

## SUBJECTION OF RIGHTS, ENVIRONMENT AND EXPANDED ANTHROPOCENTRISM

### ABSTRACT

There are many questions about the real role of the individual in sciences and, likewise, if such role could be played by non-human figures. From modernity, a vigorous struggle began, with ups and downs, about the possibility of attributing the role of subjects of rights to animals, nature and other non-human entities. From considerations developed based on the analysis of expanded anthropocentrism, this paper intends to demonstrate the capacity of a science bearing a human subject to be, nevertheless, concerned with the needs of the environment.

**Keywords:** Subjection of rights. Anthropocentrism. Ecologic perspectives. Biocentrism. Ecocentrism.

## SUJECCIÓN DE DERECHOS, MEDIO AMBIENTE Y ANTROPOCENTRISMO ALARGADO

### RESUMEN

Existen muchos cuestionamientos sobre el real papel del ser humano en las ciencias y, de la misma forma, si este papel podría ser desempeñado por figuras no humanas. Ya a partir de la modernidad, se inició un vigoroso embate, con altos y bajos, sobre la posibilidad de atribuirse a los animales, a la naturaleza y a otras entidades no humanas el papel de sujetos de derechos. A partir de algunas ponderaciones desarrolladas por el análisis del antropocentrismo alargado, el presente trabajo pretende demostrar la capacidad de una ciencia con un sujeto humano, pero preocupado con las necesidades del ambiente.

**Palabras-clave:** Sujeción de derechos. Antropocentrismo. Ecovisiones. Biocentrismo. Ecocentrismo.

---

1 “[...]daß in ihr die lebende und die tote Katze (s. v. v.) zu gleichen Teilen gemischt oder verschmiert sind [...]”, ou sua tradução equivalente “[...] contendo em si mesma o gato vivo e o gato morto (desculpem-me a expressão) misturados ou dispostos em partes iguais[...]”.

2 “Preamble. The right to live is the right from which all other rights stem” (Hague declaration on the environment, 1989).

3 Gramaticalmente, dignidade tem raiz latina (lat. dignitas), que significava grandioso, excelência, de peso, majestoso, merecedor e virtuoso (lat. amplitudo, excellentia, gravitas, maiestas, mereo mereor, promereo promereor, virtus). Por sua vez, o vocábulo humanidade, derivado de humano (lat. humanus), deriva também do latim humanitatem, para indicar natureza humana. Fonte: Humanity (2017).

4 “24. O summam Dei patris liberalitatem, summam et admirandam hominis foelicitatem! 25. Cui datum id habere quod

*optat, id esse quod velit. 26. Bruta simul atque nascuntur id secum afferunt (ut ait Lucilius) e bulga matris quod possessura sunt. 27. Supremi spiritus aut ab initio aut paulo mox id fuerunt, quod sunt futuri in perpetuas aeternitates. 28. Nascenti homini omnifaria semina et omnigenae vitae germina indidit Pater. 29. Quae quisque excoluerit illa adolescent, et fructus suos ferent in illo. 30. Si vegetalia planta fiet, si sensualia obrutescet, si rationalia caeleste evadet animal, si intellectualia angelus erit et Dei filius. 31. Et si nulla creaturarum sorte contentus in unitatis centrum suae se receperit, unus cum Deo spiritus factus, in solitaria Patris caligine qui est super omnia constitutus omnibus antestabit.*” em tradução livre do texto do autor, Magnífica liberdade de nosso Deus-Pai. Admirável destino do homem que recebeu a concessão de obter seus desejos, o que ele queira. No momento em que nascem, as bestas trazem consigo, do ventre materno, tudo o que tem e precisarão para sua vida. Os espíritos superiores, desde o princípio ou pouco depois, foram criados para ser o que serão eternamente. O Pai celestial confiou ao homem, desde o nascimento, sementes de toda espécie e de toda a vida. E, segundo cada homem as cultive, germinarão e darão frutos. Se vegetarem, serão plantas; se emocionais, serão animais; se racionais, serão animais celestes; se intelectuais, serão anjos ou Filho de Deus. E se não está contente com o destino da criatura cultivada, se apega no centro de seu ser, transformando-se em um espírito a sós com Deus em sua cálida acolhida e, já que foi colocado acima de todas as coisas, as sobrepujará (DELLA MIRANDOLA, 2017).

- 5 “*Quis hunc nostrum chamaeleonta non admiretur? 33. Aut omnino quis aliud quicquam admiretur magis?*” (DELLA MIRANDOLA, Pico. op. cit.).
- 6 “*Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen und sich und die Umwelt zu gestalten.*” (DURIG, 1956, p. 125).
- 7 “[...] são as normas jurídicas o objeto da ciência jurídica, e a conduta humana só o é na medida em que é determinada nas normas jurídicas como pressuposto ou conseqüência, ou - por outras palavras - na medida em que constitui conteúdo de normas jurídicas.” (KELSEN, 1976, p. 103).
- 8 Possível é afirmar que a Dignidade Humana ganhou força no pós-Segunda Guerra e particularmente a partir do Julgamento de Nuremberg, período que determinou o enfraquecimento do positivismo clássico e admissão de que há valores por de trás das normas: postulado pós-positivista. Radbruch afirmou que o postulado positivista de que “*a lei é a lei*” e deveria ser aplicada deixou muitos juristas alemães inertes diante de leis arbitrárias e de conteúdo criminoso, impedindo-os de qualquer questionamento moral ou qualquer reserva pessoal ante as normas aplicadas. Vale citar: “*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.*” (RADBRUCH, 1946, p. 107).
- 9 “The question is not, Can they reason? Nor Can they talk? but, Can they suffer?”
- 10 Art. 121 do Código Penal brasileiro.
- 11 Art. 32 da Lei 9.605/98, a Lei de Crimes Ambientais.
- 12 Definido pelo citado autor como ideal de reciprocidade.
- 13 Art. 71. *La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema.*
- 14 Art. 74. *Las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades tendrán derecho a beneficiarse del ambiente y de las riquezas naturales que les permitan el buen vivir. Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación; su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.*

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. São Paulo: Mestre Jou, 1982.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AYALA, Patryck de Araújo. A proteção jurídica das futuras gerações na sociedade do risco global: o direito ao futuro na ordem constitucional brasileira. In: LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Heline Sivini (Org.). **Estado de direito ambiental: tendências, aspectos constitucionais e diagnósticos**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 229-268.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 85-111.
- BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. 1907. Disponível em: <[http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML18.html#anchor\\_a122](http://www.econlib.org/library/Bentham/bnthPML18.html#anchor_a122)>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BÍBLIA. A. T. Gênesis. In: BÍBLIA, Português. **A Bíblia Sagrada: Antigo e Novo Testamento**. Tradução de João Ferreira de Almeida. Edição rev. e atualizada no Brasil. Brasília: Sociedade Bíblia do Brasil, 1969. p. 69-72.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Prefácio. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 15-20.
- CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2006.
- CASTRO, Ariadne Mansu de. **Antropocentrismo, biocentrismo e direito dos animais**. 2008. Disponível em <<http://www.cenedcursos.com.br/antropocentrismo-biocentrismo-direito-animais.html>>. Acesso em 17 set. 2017.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **A justiça**. Tradução Antonio José Brandão. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1960.
- DELLA MIRANDOLA, Pico. Oratio de hominis dignitate. In: \_\_\_\_\_. **Discurso sobre la dignidad del hombre**. E-book. Disponível em: <<http://www.scribd.com/doc/25331560/Discurso-sobre-la-dignidad-del-hombre-Pico-Della-Mirandola>>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- DÜRIG, Günter. Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsys-

tems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art, 19 Abs. II des Grundgesetzes. **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, Tübingen, n. 81, 1956.

ELIA, Marco. **Metamorfose da ciência**: uma breve história do movimento. 2007. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/87479786/Metamorfose-da-Ciencia-Marco-Elia>>. Acesso em: 10 set. 2017.

EQUADOR. **Constitución de la República del Ecuador**. 2008. Disponível em <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 10 set. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Tradução Perfecto Andrés. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

FERRY, Luc. **A nova ordem ecológica**: a árvore, o animal e o homem. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Difiel, 2009.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Luc Ferry. Pensador critica nova “ecochatice”. **Revista Galileu**, n. 222, jan. 2010. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/Common/0,,EMI113923-17579-2,00-PENSADOR+CRITICA+NOVA+ECOCHATICE.html>>. Acesso em: 17 set. 2017.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência**: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. Direitos humanos e a constitucionalização do direito internacional: o direito/dever de ingerência. In: BONAVIDES, Paulo (Coord.). **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, 2003, n. 8, p. 76-94, jan./jun. 2008.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **El concepto de derecho**. Tradução Genaro R. Carrio. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1977.

HERVADA, Javier. **O que é direito?** Tradução Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HUMANITY. **Dictionary.com**. Disponível em: <<http://dictionary.reference.com/browse/humanity>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 2006. Disponível em: <<http://www.consciencia.org/kantfundamentacao.shtml>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1976.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

- LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva: 2007. p. 156-220.
- MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Tradução Ana Prata. 3. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Peaget, 1997.
- RADBRUCH, Gustav. **Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht**. Zurique: SJZ Schweizerische Juristen Zeitung, 1946.
- RICOEUR, Paul. **O justo 1: a justiça como regra moral e como instituição**. São Paulo: [s.n.], 2008.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Instituições de direito ambiental**. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução Maria Helena Diniz Santi. São Paulo: RT, 1977.
- ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Tradução Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SCHRÖDINGER, Erwin. Die gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik. **Naturwissenschaften**, Germany, v. 23, n. 48, p. 807-849, nov. 1935.
- SENDIM, José de Sousa Cunhal. **Responsabilidade civil por danos ecológicos: da reparação do dano através de restauração natural**. Coimbra: Coimbra Ed., 1998.
- SOFFIATI, Arthur. **A natureza é sujeito de Direito?** 2009. Disponível em <<http://www.sosanimg.com.br/sub.asp?pag=artigos&id=39>>. Acesso em: 17 set. 2017.

Submetido: 1 ago. 2017

Aprovado: 27set. 2017

# CONOCIMIENTOS TRADICIONALES: ACERCAMIENTOS DE LOS MARCOS REGULATORIOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL ENTRE BRASIL Y MÉXICO

Salete Oro Boff\*

Marta Carolina Giménez Pereira\*\*

1 Introducción. 2 Panorama de la medicina tradicional a fines del siglo pasado y comienzos del presente. 3 Conocimientos tradicionales y biodiversidad. 4 Protección jurídica sobre conocimientos tradicionales asociados. 4.1 Marco regulatorio de los conocimientos tradicionales en Brasil: la Constitución Federal de 1988, la Medida Provisoria 2186-16 de 2001 y la Ley 13123 del año 2015. Apuntes sobre el conocimiento tradicional asociado y el patrimonio genético. El caso de México en la figura de los conocimientos tradicionales. 5 Conclusión. Referencias.

## RESUMEN

Los conocimientos tradicionales son concebidos como las informaciones transmitidas de generación en generación, de forma típicamente oral, compartidas por comunidades específicas y generadas en un contexto asociado con la cultura de grupo. Se insertan en un contexto de difícil delimitación frente al conocimiento científico. Esas implicancias dan margen a indagaciones sobre la apropiación de bienes considerados patrimonio de la humanidad, aunque fuese de forma simbólica, tal como la biodiversidad, para transformarlos en productos. De tal modo, el presente trabajo de investigación busca analizar la manera en que el nuevo marco regulatorio brasileño, la Ley 13.123/2015, prevé la repartición de beneficios en la comercialización de productos que se basan en el conocimiento tradicional. Se percibe que la nueva legislación flexibiliza el acceso a los conocimientos tradicionales y a la biodiversidad brasileña, con un indicativo gubernamental de expansión de la investigación y de la innovación y, por otro lado, con las inconformidades de las comunidades tradicionales, indicando conductas de carácter exploratorio y con un tinte tendenciosamente económico.

**Palabras-clave:** Conocimientos tradicionales. Medicina tradicional. Propiedad intelectual. Biodiversidad. Ley de Brasil 13.123/2015.

---

\* Post-Doctora por la UFSC, Brasil. Doctora en Derecho por la UNISINOS, Brasil. Profesora del Programa de Posgrado en Derecho (Maestría) de la Universidad de Santa Cruz do Sul (UNISC). Línea de investigación: Políticas públicas de inclusión social. Grupo de investigación: Políticas públicas de inclusión social. Subgrupo: Políticas públicas para la innovación y la protección jurídica de la tecnología. Profesora e Investigadora de IMED – Faculdade Meridional, Brasil; profesora del Instituto Cenecista de Enseñanza Superior de Santo Angelo (IESA). E-mail: <salete.oro.boff@gmail.com>.

\*\* Alumna de post-doctorado junto a UNAM - México, PPGD Capes - IMED. Doctora en Derecho / Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México / PNPD CAPES no PPGD Direito IMED. Linha de pesquisa Mecanismos de efetivação da democracia e da sustentabilidade. Grupo de pesquisa Direito, Novas Tecnologias e Desenvolvimento. E-mail: <magipe@hotmail.com>.

## 1 INTRODUCCIÓN

Los conocimientos tradicionales, en adelante CT, son concebidos como las informaciones transmitidas de generación en generación, de forma típicamente oral, compartidas por comunidades específicas y generadas en un contexto asociado con la cultura de grupo. Tales conocimientos se insertan en un contexto de difícil delimitación frente al conocimiento científico. Los CT incluyen la medicina tradicional y también la artesanía, la música, la pintura y toda otra expresión artística producida en el seno de las comunidades indígenas.

Con tales consideraciones iniciales pretendemos identificar las distintas formas de protección jurídica de los CT relacionados con el término biodiversidad y corroborar las alteraciones que han sido efectuadas en el nuevo marco regulatorio brasileño, la Ley 13.123/2015. Pretendemos también analizar la previsión en la distribución de beneficios en la comercialización de los productos resultantes de los CT y realizar un estudio de las políticas de acceso al patrimonio genético brasileño.

Con tales propósitos, se estructura la concepción de los CT en un panorama legal internacional bastante exiguo a la fecha en lo que en específico a medicina tradicional se refiere, tal como en el siguiente apartado se describirá, pasando luego a una descripción relacionada con la biodiversidad para, seguidamente, presentar un punto de vista acerca del tratamiento dado a la protección jurídica conferida a esta figura propia de la Propiedad Intelectual, a saber contemplada en el ámbito internacional por el ADPIC o TRIPS (BOFF, 2006) por sus siglas en inglés y el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) o Convención de Río y localmente, en Brasil, la Constitución Nacional de Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), su Ley de Propiedad Intelectual y su Ley de Obtentor Vegetal. Finalmente esbozaremos las posibilidades que trae aparejada la reciente regulación brasileña de la mano de la Ley 13.123/2015, evidenciando la distribución de beneficios sobre el producido resultando del acceso a los CT.

La doctrina mexicana, por su parte, afirma que si bien se establecieron en el ámbito internacional nuevas formas de protección para las nuevas tecnologías desarrolladas en la modernidad, como la protección de bienes intangibles informáticos, programas de cómputo, bases de datos, señales de satélite y trazados de topografías de semiconductores (chips), patentamiento de microorganismos y organismos vivos o el sistema de protección de obtentores de vegetales bajo rasgos *sui generis*, no parece imposible impulsar de igual manera sistemas originales para proteger el CT, permitiendo incluso su comercialización. Para ello, se necesita un rápido avance en acuerdos sobre respuestas concretas a muchos de los problemas subsistentes al respecto, para lo cual el punto de partida es comenzar por establecer qué tipo de conocimientos se pretende proteger (MIRANDA, 2011, p. 195) ya que estos mismos aspectos de la Propiedad Intelectual al ser *per se sui generis* necesitan de igual modo una protección diferenciada.

Estudiosos en México, países con una enorme diversidad cultural, biológica y socio-económica, se encarga de subdividir lo que denomina Propiedad Intelectual *Sui Generis* en



tres ramas: la flora y fauna originaria; los conocimientos tradicionales (MIRANDA, 2011), y los derechos del agricultor. Sobre los CT es sobre lo que nos ocuparemos más adelante.

La protección jurídica que el CT encuentra en México tiene base en el artículo 2 de su Constitución Nacional. Dentro de su marco legal se menciona que este país ha ratificado el CDB en el año 1992, así como en 1990 el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 1989) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual ha sido ratificado en su mayoría por países iberoamericanos.<sup>1</sup> Otras normativas son: la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) (MÉXICO, 1988) de 1988, cuya última reforma data de 2012; la Ley General de Vida Silvestre (LGVS) de 2000 (MÉXICO, 2000), cuya última reforma se dio el pasado año 2016; la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable (LGDFS) del año 2003 (MÉXICO, 2003), reformada en 2012; y la Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables (LGPAS) de 2007 (MÉXICO, 2007), reformada en 2015, todas las cuales mencionan la figura del conocimiento tradicional como referencia a los derechos que poseen los indígenas pero sin constituir ninguna de ellas una legislación específica de esta figura de la Propiedad Intelectual.

## 2 PANORAMA DE LA MEDICINA TRADICIONAL A FINES DEL SIGLO PASADO Y COMIENZOS DEL PRESENTE

La ley de Taiwán (Taipei, República de China) se refiere en su artículo 19 a la invención como una elevada creación de concepto(s) técnicos(s) para los cuales se utilizan las leyes naturales. De hecho, es una de las pocas legislaciones que definen el concepto abarcando la naturaleza.

Este país, al igual que otros que cuentan con extraordinaria y milenaria tradición como Brasil, México, India, Australia, Paraguay, Perú, Bolivia, Nueva Zelanda, se encuentran abocados a la obtención de una protección integral en materia de medicina tradicional, la cual se encuentra falta de mecanismos de defensa adecuados no sólo a la protección de las invenciones en sí sino también al respeto de los mismos derechos humanos de sus poblaciones, máxime teniendo presente que en la globalización que enfrentan la participación de sus minorías es casi nula y toca más bien al Estado velar por sus intereses.

En el plano internacional, es la Organización Mundial de la Salud (OMS) la institución que cuenta con uno de los más amplios programas que contempla la materia. La OMS define a la medicina tradicional como un conjunto de prácticas, conocimientos y creencias en materia de salud “que se basan en la utilización de medicinas que tienen su origen en plantas, animales y minerales, así como terapias espirituales, técnicas manuales y ejercicios aplicados en forma individual o en combinación para tratar, diagnosticar y prevenir enfermedades o mantener el bienestar.” (WORLD HEALTH ORGANISATION, 2010, *online*).

El programa que desarrolla este organismo busca integrar la medicina tradicional en los diferentes sistemas nacionales para el cuidado de la salud, así como establecer estándares

internacionales para la investigación de la medicina tradicional y actuar como una oficina de enlace en el intercambio de información. Así, a principios de este siglo, de este organismo han surgido las “Estrategias 2002-2005 en medicina tradicional” tras una serie de negociaciones sobre la materia entre los países miembros y las distintas áreas involucradas. Específicamente se busca reforzar los objetivos del programa mencionados así como promover en los países miembros la regulación de una rama tan importante del CT como lo es la medicina herbolaria, garantizar el uso y desarrollo sustentable de las plantas medicinales y proteger y preservar los conocimientos en medicina tradicional de las comunidades indígenas.

Asimismo, existe desde el año 2000 un Comité Intergubernamental de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en Recursos Genéticos, Conocimiento Tradicional y Folklore, en la que participan activamente las Organizaciones no Gubernamentales además de los países miembros, todos a un mismo nivel de debate, lo cual hace que las partes involucradas se encuentren en igualdad de condición al menos a la hora de discutir, pues es bien sabido que el sector representado por los indígenas es siempre el más débil y resulta finalmente más desprotegido en la toma de decisiones (PÉREZ, 2006).

La forma jurídica que se adopta para la obtención de beneficios en la explotación de la medicina tradicional y otros usos de la biodiversidad entre las comunidades indígenas y las empresas multinacionales es por excelencia el contrato. Se ahondará al respecto de la biodiversidad más adelante en este trabajo.

Enfatizamos que los CT no sólo incluyen la medicina sino también la artesanía, la música, la pintura y toda otra expresión artística producida en el seno de las comunidades indígenas. El objetivo normativo que tienen en común estas diversas manifestaciones es el de lograr en un futuro cercano la protección adecuada del intelecto y que la compensación económica suficiente a estas comunidades sean una realidad, más aún porque casi siempre representan el sector más indefenso y vulnerable de la población en todos los ámbitos del derecho. Si bien se cuenta ya con una interesante gama legislativa sobre el tema, aún queda mucho por regular para salvaguardar los intereses de este producto del intelecto y sostenemos que lo existente sigue siendo exiguo.

Entre las legislaciones internacionales se destaca el Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB) o Convención de Río, que se abrió a firma en el marco de la llamada Cumbre de la Tierra, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, el 5 de junio de 1992, entrando en vigor el 29 de diciembre de 1993. Este es el tratado internacional por excelencia en la materia. Establece claramente las formas y mecanismos de protección a los grupos indígenas y a sus creaciones, sobre todo en cuanto a los beneficios que se derivan a fin de ser distribuidos en forma justa, preservando el fin principal que es la conservación y el uso adecuado de la biodiversidad.

El CDB trata de prever, prevenir y atajar en su fuente las causas de reducción o pérdida significativa de la diversidad biológica, debido a su valor intrínseco y a los valores de sus componentes medioambientales, genéticos, sociales, económicos, científicos, educativos, culturales, recreativos y estéticos. El Convenio trata igualmente de promover la cooperación entre los Estados miembros y las organizaciones intergubernamentales.

En efecto, el debate sobre los conocimientos tradicionales se vinculó desde un inicio con la biopiratería y el acceso a los recursos genéticos, lográndose un primer reconocimiento de los derechos de las naciones en el derecho internacional, en el art. 3º y 8º del CDB. Ha sido uno de los temas más difíciles de reglamentar por las diferencias conceptuales, debidas en gran medida a las peculiaridades ambientales y sociales de los países involucrados. A ello se agrega una gran disputa internacional por los recursos genéticos que se ha desatado en las últimas décadas en los países industrializados. En razón de ello, también ha sido difícil desarrollar instrumentos internacionales y nacionales que permitan a las comunidades locales e indígenas y a los Estados Partes del CDB, ejercer este derecho. El mayor avance hasta la fecha en el ámbito internacional ha sido el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización al Convenio sobre la Diversidad Biológica, o “Protocolo de Nagoya” firmado en Nagoya, Japón, el 29 de octubre de 2010 y que reglamenta detalladamente las disposiciones del CDB sobre acceso a los conocimientos tradicionales y a los recursos genéticos (MIRANDA; PICHARDO, 2017).

El CDB cuenta con una novedosa disposición en el mencionado artículo 3 y en el artículo 15.1 al establecer que son los Estados quienes tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental. Anteriormente, se sostenía la tendencia de que dichos recursos eran patrimonio de la humanidad. Para mayor aclaración citamos lo que a la letra la Convención de Río en el referido artículo 3 expresa:

Principio. De conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y con los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurar que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1993, *online*).

El artículo 15 a su vez reza: “Acceso a los recursos genéticos. 1. En reconocimiento de los derechos soberanos de los Estados sobre sus recursos naturales, la facultad de regular el acceso a los recursos genéticos incumbe a los gobiernos nacionales y está sometida a la legislación nacional.”(ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1993, *online*).

Por su parte destacamos su artículo 8 que expresa en su inciso J que los Estados deberán prestar especial cuidado en la elaboración de sus legislaciones respectivas y que deberá respetarse las innovaciones de las comunidades indígenas, la cual deberá fomentar la compensación efectiva. A la letra, el artículo 8 de la Convención de Río establece:

Conservación in situ. Cada Parte Contratante, en la medida de lo posible y según proceda : J. Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de

quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente. (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1993, *online*).

A objeto de cumplir con el objetivo establecido en este artículo, se reúne periódicamente un grupo de trabajo *ad hoc*, intentando darle un papel más activo a las comunidades indígenas, al tiempo de solicitar a los gobiernos que hagan suyas las decisiones tomadas e iniciar su estudio a fondo con el objeto de incorporarlas paulatinamente en sus respectivas legislaciones (PÉREZ, 2006, p. 25-26).

Otro instrumento internacional importante a destacar, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales, el cual menciona en sus artículos 15, primer apartado: “Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos” (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989, *online*) y en su segundo apartado explica con claridad que

[...] en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras agregando que los pueblos tienen la obligación de participar siempre que puedan en los beneficios resultantes así como el derecho de percibir una indemnización equitativa por cualquier daño sufrido como resultado de tales actividades. (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 1989, *online*).

Claramente se percibe que conforme a esta legislación no es facultativa de los pueblos participar de los programas que involucren sus propios recursos, sino más bien una obligación de los mismos.

### 3 CONOCIMIENTOS TRADICIONALES Y BIODIVERSIDAD

Contextualizando, el conocimiento es lo que está sujeto al espacio cultural y a sus actores, como resultado de una diversidad de iniciativas creativas e innovadoras que culman a lo largo de los tiempos y se plasman en forma de usos, creencias, invenciones, descubrimientos y perfeccionamientos de técnicas y productos. Por lo tanto, es el resultado de una comunión de conocimiento empírico con conocimiento científico (comprobados) (GORZ, 2005, p. 10; 32-33).

Por la denominación “conocimientos tradicionales” (CT) se entiende las informaciones y las prácticas de comunidades (indígenas, de cimarrones, ribereñas u otras que viven en estrecha relación con el ambiente), que puedan transformarse en valor, asociadas al patrimonio genético. Por ejemplo, es el conocimiento acerca de las virtudes curativas de determinado

vegetal, propiedades que se transmiten entre las generaciones de forma mayormente oral. Se presentan logradamente por la Organización Mundial de la Propiedad Industrial (OMPI) como aquellos conocimientos resultantes de una práctica diaria, “creados cada día y desarrollados como una respuesta de personas y comunidades a los desafíos puestos por su medio social y físico.” (ADIERS, 2002, p. 59).

Es una práctica común utilizar los CT como punto de partida para encaminar investigaciones hacia el estudio del potencial tanto farmacológico, como se vio en el apartado anterior respecto a la medicina tradicional, como también comestible de determinada planta. Se recogen los recursos biológicos considerando los indicadores visibles de utilización del uso común por los grupos y de ahí se pasa al estudio de los mismos. Al asociar el CT al científico, se da un paso enorme en pro del éxito de las investigaciones y tal práctica puede desembocar en el patentamiento de los productos y procedimientos (BARBOSA, 1998, p. 69).

Cuando existe apropiación foránea del conocimiento sin consentimiento de los pueblos tradicionales es cuando ocurre la biopiratería, resultando en una privatización del conocimiento colectivo. Las comunidades locales proveen el material e inclusive las informaciones respecto a las cualidades alimenticias o curativas. Los materiales son encaminados a laboratorios especializados en países desarrollados, donde son aislados e identificados los genes para la posterior solicitud de patentes.<sup>2</sup>

Inmersa en una preocupación con la preservación de la diversidad biológica en razón de la creciente destrucción del ambiente natural y de la apropiación del conocimiento tradicional, la CDB, también llamada ECO92, en su artículo 1 destaca como objetivo la

[...] conservación de la diversidad biológica, la utilización sostenible de sus componentes y la participación justa y equitativa en los beneficios que se derivan de la utilización de los recursos genéticos, mediante, entre otras cosas, un acceso adecuado a esos recursos y una transferencia apropiada de las tecnologías pertinentes, teniendo en cuenta todos los derechos sobre esos recursos y a esas tecnologías, así como mediante una financiación apropiada (ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 1993, *online*).<sup>3</sup>

La Convención, nótese, se preocupa en mantener y conservar los conocimientos y las prácticas tradicionales de las comunidades locales por medio (y allí enumera sólo enunciativamente) del uso sostenible de los recursos naturales, de la mano con la preservación del ecosistema de que se trate, pues la “biodiversidad siempre fue un recurso local comunitario” (ADIERS, 2002, p. 56), que combina derechos y una responsabilidad entre sus usuarios, “un sentido de coproducción con la naturaleza y de dádiva entre los miembros de la comunidad.” (SHIVA, 2001, p. 92-93).

Recordemos que, *per se*, el ser humano es contextual, temporal – limitado por su misma temporalidad física- y geográfico - al formar parte de una determinada nación<sup>4</sup> la cual sí es en cambio de tendencia permanente y estable- , o sea, el hombre es un ser ambiental inserto e inmerso en el medio ambiente que le caracteriza y hacia el cual se refleja.

En México se cita el caso del proceso para generar semilla y maíz para el consumo en

la localidad de Yaxcabá, Yucatán. Existen cuatro procesos que intervienen en la gestión del conocimiento tradicional para el cultivo del maíz en esa localidad: selección, mejoramiento, conservación y diversidad morfológica. Así, el proceso de selección incluye la elección de la semilla y el lugar donde se realizará la próxima siembra; el mejoramiento se materializa por medio de la cruce y acriollamiento entre variedades; la conservación se hace tal tanto en los solares como en las milpas; y la diversidad morfológica aparece en las características fenotípicas de diferentes productos. Todos estos procesos y las variables o elementos que entran en juego, así como los productos y subproductos que se obtienen de la sistematización y ejecución de procesos, y las semillas que responden a condiciones climatológicas propias de esa región, caracteriza la agricultura maya que cultiva variedades locales según principios de cultura y necesidades de alimentación y se puede afirmar que la selección ciclo tras ciclo de la semilla influye en el mejoramiento, pues el campesino sabe qué características elegir de la semilla para poder aprovecharlas mejor. Por ende, “el mejoramiento contribuye a la generación de la variabilidad morfológica del maíz que poseen los denominados milperos de Yaxcabá” y responden a un objetivo tan específico como la venta de un maíz de mayor aceptación en el mercado y obedece a todo un proceso de modificación de variedades a través de un proceso de acriollamiento indispensable en el lugar específico donde se siembre, por sus condiciones propias sin la cuales no se obtendría una cosecha aceptable de maíz que satisfaga el gusto del consumidor. (ARGÜELLO; RAMOS; CADENA, 2008, *online*).

#### 4 PROTECCIÓN JURÍDICA SOBRE CONOCIMIENTOS TRADICIONALES ASOCIADOS

Considerando la proximidad y las derivaciones entre el CT y el científico al utilizar herramientas de la biodiversidad, corresponde al derecho regular y garantizar reglas que delimiten los derechos inherentes a las comunidades tradicionales. Los temas se relacionan directamente con el Derecho de Propiedad, garantizado por la Constitución Federal, el cual abarca el Derecho a la Propiedad Privada, condicionado a su función social. Sobre el particular se refleja una función primordial del Derecho de Propiedad Intelectual que comprende el conjunto de derechos que gozan los autores de obras intelectuales sobre sus creaciones que emanan del espíritu, facultando a sus titulares derechos económicos que dictan una forma de comercialización, circulación, utilización y producción de los bienes intelectuales y de los productos y servicios que incorporan tales creaciones. La Propiedad Intelectual<sup>5</sup> comprende el Derecho de Autor y los Derechos Conexos o vecinos, la Propiedad Industrial así como otras formas denominadas *sui generis*. El Derecho de Autor comprende las creaciones de lo imaginario humano. En el campo de la Propiedad Industrial<sup>6</sup> están las patentes, las marcas, los diseños y modelos industriales, las indicaciones geográficas así como la competencia desleal. Es el producto de la invención y de la expresión creativa así como la protección pública que se concede (SHERWOOD, 1992, p. 22). Entre las formas *sui generis* se incluyen

la protección de software (protección concedida por el Derecho de Autor así como por el registro de patente), los obtentores vegetales, topografía de circuitos integrados y, por fin, los conocimientos tradicionales.

Se percibe de ese modo la importancia de la Propiedad Intelectual en el contexto del desarrollo tecnológico y en la medida del valor que agrega al conocimiento. En muchas situaciones, la protección del Derecho de Propiedad Intelectual privilegia los derechos de los descubridores, incluso cuando tales revelaciones se amparan en los CT imprimidos por los pueblos con el pasar de los tiempos.

Un hecho que llevó al incremento del reconocimiento de los productos tradicionales fue la concesión por los Estados Unidos de privilegios a organismos vivos *per se* cuando son “obtenidos en complicadas investigaciones genéticas.”<sup>7</sup> En razón de eso, “gigantes empresariales financian expediciones por todo el hemisferio sur en busca de huellas genéticas raras y originales que puedan tener algún valor comercial.” El gran interés está en el valor que las nuevas drogas derivadas de plantas, prescriptas en nuestros días y que eran utilizadas en la medicina indígena. “El Curare, por ejemplo, que es un importante anestésico quirúrgico y relajante muscular, se deriva de extractos vegetales utilizados por los indios del Amazonas para paralizar la caza.” (RIFKIN, 1999, p. 52). Otro caso es el patentamiento de procesos de utilización del *neem*, árbol nativo de la India (RIFKIN, 1999, p. 52-53). Esa patente fue considerada como una tentativa empresarial de patentar conocimientos indígenas y recursos biológicos nativos. El aislamiento del componente del *neem*, la azadiractina, por A.W.R. Grace, recibió varias patentes para los métodos y procesos utilizados para la producción del extracto mencionado. Pero los privilegios fueron reclamados por los científicos hindús, comprobando que los métodos y los procesos empleados ya eran utilizados hace siglos y que, en razón de tal hecho, las informaciones deberían “ser libres y abiertamente compartidas.”

#### 4.1 MARCO REGULATORIO DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES EN BRASIL: LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE 1988, LA MEDIDA PROVISORIA 2186-16 DE 2001 Y LA LEY 13123 DEL AÑO 2015. APUNTES SOBRE EL CONOCIMIENTO TRADICIONAL ASOCIADO Y EL PATRIMONIO GENÉTICO. EL CASO DE MÉXICO EN LA FIGURA DE LOS CONOCIMIENTOS TRADICIONALES

Los CT asociados a los recursos, cuya naturaleza definiremos más adelante en este mismo apartado, no están incluidos dentro de las figuras de las patentes en la Ley de Propiedad Industrial 9279 de 1996 (MÉXICO, 1991). Del mismo modo se presenta imposible proteger los conocimientos tradicionales por medio del Derecho de Autor, en la Ley 9610 de 1998, que tiene como requisito la originalidad de la obra. Igualmente, la Ley de Obtentor Vegetal 9456 de 1997, que protege las variedades vegetales, se refiere a la planta como un todo, considerando el conjunto de sus características. La protección de la figura de obten-

tor vegetal no sigue rígidamente los requisitos propios de las patentes de invención, siendo los requisitos para el registro del vegetal las características de distintividad, homogeneidad y estabilidad. Sin embargo, a pesar de estar detallada la materia, no hay una referencia en cuanto a la protección de los CT asociados.

La Medida Provisoria (MP) 2186-16 de 2001, da inicio a una regulación específica en Brasil respecto a los CT asociados, relacionándolos al patrimonio genético existente y la plataforma continental y la zona económica exclusiva. La MP creó el Consejo de Gestión de Patrimonio Genético (CGEN) vinculado al Ministerio del Medio Ambiente y estableció el pago de regalías sólo para la transferencia de tecnologías sujetas a patente.

Además de los derechos de Propiedad Intelectual, se destacan a modo ejemplificativo los Derechos de Autor que corresponden a los indígenas y que se hallan contemplados en el texto constitucional brasileño de 1988, específicamente en su artículo 231, en el cual se reconoce la organización social, las costumbres, la lengua, las creencias, las tradiciones indígenas y el carácter colectivo de las mismas y garantiza derechos sobre sus bienes materiales e inmateriales. La Constitución reconoce las manifestaciones culturales indígenas que constituyen su patrimonio cultural. La ley infra-constitucional federal y estatal se ocupa de la temática, tal como resulta del Estatuto del Indio, Ley 6001/73, que asegura genéricamente el respeto al patrimonio cultural de las comunidades indígenas y castiga algunas acciones que violan el derecho a la propia imagen y expresiones de su cultura (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2017). Aún así y a pesar del amparo de la ley, los derechos inmateriales que constituyen la expresión de sus culturas, tales como los cantos, los dibujos, las pinturas y los mitos, a menudo han sido “utilizados de manera indebida y sin que se les haya facultado el acceso a instrumentos eficaces de protección de sus derechos. El acoso y los atropellos en cuanto al uso de la imagen y de los bienes culturales indígenas crecen en cantidad y en complejidad [...]” (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2017, *online*).

En 2015 fue editada la Ley 13123 (BRASIL, 2015)<sup>8</sup> que reglamentó el inciso II del § 1º y el § 4º del artículo 225 de la Constitución y el artículo 1, el numeral J del artículo 8, el numeral c del artículo 10, así como el artículo 15 y los §§ 3 y 4 del artículo 16 de la CDB. El texto legal dispone sobre el acceso al patrimonio genético, sobre la protección y el acceso al CT asociado y sobre la repartición de beneficios para la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad, además de derogar la MP 2186-16 de 2001.

Las nuevas reglas establecen directrices para el acceso al patrimonio genético y al CT asociado para fines de investigación y desarrollo tecnológico, así como la distribución de los beneficios que resulten de la explotación económica de producto o material reproductivo desarrollado a partir de esos accesos.

En los artículos 1 y 2 de la ley se enuncian varias definiciones sobre el tema. En principio se consideran que integran el patrimonio genético las especies, las variedades tradicionales, las razas adaptadas y criollas, las especies introducidas en el territorio nacional por la acción



humana y los microorganismos aislados. De igual modo, se considera que conforman tal patrimonio genético la investigación o desarrollo tecnológico realizado sobre muestra de patrimonio genético y, como parte del CT asociado, la investigación o desarrollo tecnológico realizado sobre ese CT asociado cuando viabiliza el acceso al patrimonio genético.

Definiendo, el “conocimiento tradicional asociado” es la información o la práctica del pueblo indígena, comunidad tradicional o agricultor tradicional sobre las propiedades o usos, directos o indirectos, asociada al patrimonio genético, mientras que el “conocimiento tradicional de origen” no identificable es aquel en el que no hay posibilidad de vincular a su origen a un pueblo indígena, una comunidad tradicional o un agricultor tradicional. Una comunidad tradicional es un grupo culturalmente diferenciado que se reconoce como tal, que posee una forma propia de organización social y que ocupa y usa territorios y recursos naturales como condición para su reproducción cultural, social, religiosa, ancestral y económica, utilizando conocimientos, innovaciones y prácticas generadas y transmitidas por la tradición. El usuario de ese conocimiento puede ser persona física o jurídica que realiza el acceso o que explora económicamente el producto acabado o el material reproductivo oriundo de ese acceso al patrimonio genético o al CT asociado.

El órgano responsable en implementar esa nueva legislación será el Consejo de Gestión del Patrimonio Genético (CGEN) que tendrá como tarea evaluar, aprobar o reprobar propuestas públicas y privadas de investigación y uso económico del patrimonio genético y del respectivo CT asociado. Se conformará por un sesenta por ciento de representantes de órganos y entidades de la Administración Federal y por un 40% de representantes de la sociedad civil, garantizando una paridad entre el sector empresarial, el académico y el indígena, así como las comunidades locales y los agricultores tradicionales. Una de sus funciones también es establecer directrices para aplicar los recursos destinados para el Fondo Nacional para la Distribución de Beneficios, o FNRB por sus siglas en portugués, así como promover debates y consultas públicas sobre este mismo tema.

La ley hace distinción entre el CT identificable, que es aquel que se atribuye a un determinado grupo, y no identificable, que es el que es difuso. En este caso, el valor del porcentaje va para un fondo común (tal es el caso del té quebra pedra). Cuando se trata del acceso al CT asociado de origen identificable se tiene como condición la obtención del consentimiento previo informado. La comprobación del mismo podrá ocurrir a criterio de la población indígena, de la comunidad tradicional o del agricultor tradicional, con la firma del acuerdo pertinente o por medio de registro audiovisual del consentimiento o según parecer del órgano oficial competente o, incluso, por la adhesión según formas previstas en el protocolo comunitario. Queda palpable la duda de qué se entiende por “parecer del órgano oficial competente” en el sentido de que este tipo de comprobación podría tornarse bastante subjetivo. Por otra parte, hay que destacar que cuando el acceso se refiere al CT asociado de origen no identificable o difuso, no existe la necesidad de consentimiento previo informado.

Subrayamos que las comunidades tradicionales tienen derecho: al reconocimiento de su contribución para el desarrollo y conservación del patrimonio genético en cualquier forma

de publicación, utilización, exploración y divulgación; a tener indicado el origen del acceso al CT asociado en todas las publicaciones, utilizations, exploraciones y divulgaciones; a percibir beneficios por la exploración económica por terceros, directa o indirectamente, del CT asociado en los términos de la legislación en comento; a participar del proceso de toma de decisión sobre asuntos relacionado al acceso al CT asociado y a la repartición de beneficios como consecuencia de ese acceso y en la forma prevista en la regulación; a usar o vender libremente productos que contengan patrimonio genético o CT asociado una vez observadas las disposiciones de la Ley de Obtentor Vegetal; y a conservar, manejar, guardar, producir, intercambiar, desarrollar y mejorar el material reproductivo que contenga patrimonio genético o CT asociado, conforme se prevé en el artículo 10.

En cuanto a la distribución de beneficios, la nueva regulación prevé la distribución de beneficios de la exploración económica del producto acabado o de material reproductivo desarrollado a partir del acceso al CT asociado o al patrimonio genético realizado sobre muestra de especie vegetal y animal, inclusive la domesticada, encontrada en condiciones *in situ* en el territorio nacional, en la plataforma continental, en el mar territorial y en la zona económica exclusiva. Incluye asimismo en la división de beneficios la especie vegetal, animal, microbiana mantenida en condiciones *ex situ*, siempre que haya sido recogida en condiciones *in situ* en el territorio nacional, en la plataforma continental, en el mar territorial y en la zona económica exclusiva la variedad tradicional, sea local o criolla. Incluso establece la división de beneficios sobre el acceso a la raza localmente adaptada o criolla, a la especie introducida en el territorio nacional por la acción del hombre que forme una población espontánea y que haya adquirido una característica distintiva propia en el país así como el acceso al microorganismo que haya sido aislado a partir de substrato recogido en el territorio nacional, mar territorial, plataforma continental o zona económica exclusiva, según los artículos 17 y 18 del nuevo marco regulatorio.

Como condición para la distribución de beneficios se establece que los productos acabados tengan un componente del patrimonio genético o de CT asociado como elemento principal de valor agregado y consten en la Lista de Clasificación de Distribución de Beneficios que será publicada por la Unión.

Quedan exentas de la distribución de beneficios las operaciones de licencia, transferencia o permiso de uso de cualquier forma de derecho de propiedad intelectual sobre el producto acabado, procedimiento o material reproductivo; la exploración económica de producto acabado o de material reproductivo originario del acceso al patrimonio genético de especies introducidas que no formen poblaciones espontáneas y que no hayan adquirido características distintivas propias del país; y también la exploración económica del producto intermedio y de procesos, así como la exploración económica de material reproductivo dentro del eslabón de la cadena productiva, conforme el artículo 17 de la mencionada ley en comento. Se enuncian también otras exenciones tales como microempresas, empresas de pequeño porte, micro emprendedores individuales, agricultores tradicionales y sus cooperativas, fa-

bricantes de productos intermedios o desarrolladores de procesos, así como los productores de material reproductivo que comercialicen exclusivamente para otros productores dentro de la cadena productiva para fines de multiplicación de ese material.

El porcentaje de repartición de beneficios para el acceso al patrimonio genético varía entre 1 y 0,1% de los ingresos netos anuales obtenidos con la exploración económica del producto o material reproductivo. Con total acierto legal, la modalidad no monetaria de retribución incluye el proyecto para: la conservación o uso sostenible de la biodiversidad o para protección y manutención del conocimiento, innovación o prácticas de la población indígena, la comunidad tradicional o el agricultor tradicional; la transferencia de tecnología (y aquí en enlace oportuno con la figura de la Propiedad Intelectual); la disponibilidad en el dominio público (en este caso sin protección por derecho de PI o restricción tecnológica) del producto desarrollado a partir del acceso; la capacitación de recursos humanos en temas relacionados a la conservación y al uso sostenible del patrimonio genético o del CT asociado; y la distribución gratuita en programas de interés social del producto acabado o del material reproductivo desarrollado a partir del acceso.

Los valores de repartición de beneficios serán destinados a la población indígena, la comunidad local o el agricultor tradicional por el acceso al conocimiento de origen identificable. El acuerdo deber ser formalizado mediante firma del Término de Distribución de Beneficios Celebrado entre el proveedor y el usuario del conocimiento. Cuando se utilice el CT asociado de origen no identificable o difuso, todas las poblaciones indígenas, comunidades locales y agricultores tradicionales existentes en el país serán considerados beneficiarios, y recordemos que la ley prevé que cuando el acceso se refiere al CT asociado de origen no identificable o difuso, no existe la necesidad de consentimiento previo informado.

Los casos de incumplimiento de los procedimientos previstos, ya sea por acción u omisión del nuevo marco regulatorio, serán sancionados como infracción administrativa que varía desde la advertencia, multa, decomiso de muestras de patrimonio genético o de los productos derivados de tales muestras o del CT asociado, incluyendo la cancelación del registro y de la patente, si fuere el caso.

Ahora bien, la situación de la propiedad intelectual de los CT en México es un tema complicado porque no existe un cuerpo legal, y la normatividad vigente se encuentra dispersa en diferentes leyes afines que fueron detalladas anteriormente y que tienen mayormente que ver con lo que se denomina en este país como Derecho Ambiental. Esta ausencia de legislación para proteger el conocimiento tradicional es resultado de no considerar a los saberes, actividades y prácticas locales como un conocimiento formal. El argumento para no reconocer y proteger los conocimientos tradicionales es que constituyen patrimonio común o de dominio público. Ante esta situación, se precisa hacer estudios empíricos para documentar los conocimientos tradicionales, y determinar si en la gestión de éstos intervienen procesos para la generación de productos.<sup>9</sup>

La Constitución Nacional establece en su artículo 2 que “La Nación mexicana es

única e indivisible”. La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas. Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etnolingüísticos y de asentamiento físico. A) Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: I. Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural. II. Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes. III. Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando la participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberanía de los Estados. IV. Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad. V. Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución. VI. Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley. VII. Elegir, en los Municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos. Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los Municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas. VIII. Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo

tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura. Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público. B) La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos. Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: I. Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos. II. Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación. III. Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil. IV. Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos. V. Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria. VI. Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen. VII. Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la in-

corporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización. VIII. Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas. IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen. Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas. Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

Puede notarse ausencia absoluta de la figura en comento en el artículo constitucional y estamos ante la misma y tímida problemática que enfrentan actualmente los países para regular el CT, como se viene anticipando.

Entre las otras disposiciones mencionadas destacan: la LGEEPA que establece la garantía del derecho de los pueblos indígenas a la protección, preservación, uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales y la biodiversidad como uno de los pilares que el gobierno debe velar a la hora de trazar y conducir políticas públicas en materia ambiental. Además, al hacer mención de las “áreas protegidas” anuncia la generación, rescate y divulgación de conocimientos, prácticas y tecnologías tradicionales que permitan la preservación y el aprovechamiento sustentable, entre otros, con miras a proteger la cultura y la identidad de los pueblos indígenas. Ahora bien, la relevancia del artículo 102 de la LGDFS está en que se prevé la declaración de nulidad de patentes relativas a recursos genéticos forestales que no reconozcan los derechos de comunidades indígenas a la propiedad, conocimiento y uso de las variedades locales, así como el reconocimiento de la coexistencia de derechos de aprovechamiento de vida silvestre en un mismo predio, por un lado, por parte de sus propietarios o legítimos poseedores (artículo 4 LGVS) y, por otro, de integrantes de comunidades rurales con fines de rituales y ceremoniales (artículo 93 LGVS), todo lo cual no obstante suele quedar en simple retórica y que se plasma en la falta de regímenes *sui generis* en la materia y en iniciativas frustradas de legislar el acceso y al distribución equitativa de beneficios (ARGÜELLO; RAMOS; CADENA, 2008; MORENO et al, 2008).

Ejemplificando nuevamente, una Recomendación de 2002 de la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México solicitaba la modificación del Programa de Manejo de la Reserva

de la Biósfera del Alto Golfo de California y Delta del Río Colorado, a fin de atender necesidades económicas y culturales de la comunidad Cucapá a fin de hacer valer los derechos de territorio en conjunto con derechos culturales y económico y, tangencialmente, los de Propiedad Intelectual.

## 5 CONCLUSIÓN

La sustentabilidad es una preocupación global. Varios documentos internacionales como internacionales enumerados en esta investigación intentan salvaguardar las condiciones de un ambiente saludable para el presente y futuro de las generaciones, subrayando el respecto y la defensa de los intereses de los pueblos indígenas y de las comunidades tradicionales.

Atenta y partícipe a la normativa internacional de la cual los países analizados –Brasil y México- forman parte a través de la pertinente adhesión, el intento, aunque tímido aún, procura adecuarse y regular el acceso a la biodiversidad y a los conocimientos tradicionales agregados. En el año 2001, surge como parteaguas en Brasil la normativa que disciplina la forma de acceso, la protección al conocimiento tradicional asociado, previendo la distribución de los beneficios logrados de la exploración económica del producto o del proceso desarrollado como resultado del mismo e inclusive, la transferencia de tecnología. Las exigencias del CGEN y las demás regulaciones, por un lado, restringían la exploración de la biodiversidad y, por otro, creaba trabas burocráticas complejas para el acceso al desarrollo de las investigaciones, tal como la necesidad de una autorización previa al inicio de la investigación acompañada de un conjunto de documentos. Como una forma de reglamentar el acceso a los conocimientos tradicionales surge la nueva Ley 13120 en el año 2015, la cual representa un avance sólido en el sentido de dotar de un marco legal y facilitar la actuación de investigadores y exploradores de productos de la biodiversidad, por medio de la reducción de la burocracia y en medio de un ambiente más favorable a tal investigación, reduciendo las limitaciones en el ejercicio del trabajo de los mismos, así como de las empresas. Otro punto interesante es que las empresas extranjeras podrán desarrollar actividades de investigación sobre la biodiversidad brasileña desde el momento que se asocien a Universidades locales.

De esta manera, sin descuidar el respeto a la cultura y el patrimonio de los pueblos tradicionales y la distribución de los resultados por los conocimientos accesados, se destaca la relevancia de un genuino marco legal para el acceso al patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales, estableciendo la división de los resultados con las comunidades tradicionales y una protección para estimular la investigación y la innovación que conduzcan al desarrollo sostenible presente y futuro, así como al acceso inclusivo a los beneficios de las nuevas (bio)tecnologías.

En México, país aún carente de normativa específica dentro de las normas de Propiedad Intelectual, por considerar que el conocimiento tradicional no es susceptible de apropiación alguna, y que se caracteriza por tener aristas normativas dispersas pero no específicas en la materia, la expectativa reside en reglamentación a través de una ley que defina las dimen-

siones de acceso, permitiendo evaluar se realmente una norma positiva aparejará impulso al desarrollo de nuevas investigaciones o si más bien tendrá un efecto contrario donde los intereses económicos se superpongan a los ricos y primigenios intereses sociales y culturales de la vasta e histórica comunidad azteca.

## TRADITIONAL KNOWLEDGE: SIMILARITIES BETWEEN THE BRAZILIAN AND THE MEXICAN LEGAL INSTRUMENTS ON INTELLECTUAL PROPERTY

### ABSTRACT

Traditional knowledge is understood as information transmitted from generation to generation, typically through oral communication, shared by specific communities and generated in a context associated with the culture of the group. The context of such knowledge is hard to delimit before scientific knowledge. These implications leave space for questions on the appropriation of goods that are considered world heritage, even if symbolically, such as biodiversity, so as to transform them into market products. In this way, this paper aims at analyzing how the new Brazilian regulatory mark, Law n. 13.123/2015, foresees the sharing of benefits in the sale of products which are based on traditional knowledge. It is noticeable that the new law makes it easier to access traditional knowledge and Brazilian biodiversity, with a governmental indication of expansion in research and innovation and, on the other hand, with the disagreement of traditional communities, denouncing exploratory conducts and based on a mostly economic point of view.

**Keywords:** Traditional knowledge. Traditional medicine. Intellectual property. Biodiversity. Brazilian Law n. 13.123/2015.

## CONHECIMENTOS TRADICIONAIS: APROXIMAÇÕES ENTRE OS MARCOS REGULATÓRIOS SOBRE PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL E NO MÉXICO

### RESUMO

Os conhecimentos tradicionais são concebidos como as informações transmitidas de geração a geração, de forma tipicamente oral, compartilhadas por comunidades específicas e geradas em um contexto associado com a cultura de grupo. Inserem-se em um contexto de difícil delimitação frente ao conhecimento científico. Essas implicações dão margem a indagações sobre a apropriação de bens considerados patrimônios da humanidade, ainda que de forma simbólica, tal como a biodiversidade, para transformá-los em produtos. De tal modo, o presente trabalho de pesquisa busca analisar a maneira com que o novo marco



regulatório brasileiro, a Lei 13.123/2015, prevê a repartição de benefícios na comercialização de produtos que baseiam no conhecimento tradicional. Percebe-se que a nova legislação flexibiliza o acesso aos conhecimentos tradicionales e à biodiversidade brasileira, com um indicativo governamental de expansión da pesquisa e da inovação e, por outro lado, a inconformidade das comunidades tradicionais, indicando condutas de caráter exploratório e com cores tendenciosamente econômicas.

**Palavras-chave:** Conhecimentos tradicionais. Medicina tradicional. Propriedade intelectual. Biodiversidade. Lei brasileira 13.123/2015.

---

1 Brasil ha ratificado mucho más tarde: apenas en el año 2002.

2 Algunos ejemplos de espécies brasileñas que fueron patentadas en el exterior: se cita el caso más famoso que es el del profesor de la Facultad de Medicina de la ciudad de Riberão Preto, Sérgio Ferreira, que descubrió en el veneno de la cobra jararaca una sustancia capaz de controlar la presión arterial. Sin dinero para sus investigaciones, aceptó una colaboración con el laboratorio farmacéutico Bristol-Myers Squibb y, a cambio de recursos, la empresa registró la patente del principio activo Captopril, una marca que generaba ganancias al tiempo de esta investigación US\$ 2,5 millones al año y que Brasil también se obliga a pagar.

[...]

Bubiri – Sus semillas se utilizan desde hace siglos por los indios wapixana, de Roraima, como anticonceptivo. El laboratorio canadiense Bolink patentó el principio activo y ha desarrollado investigación con la sustancia para tratar el SIDA.

[...]

Curare – Mezcla de hierbas guardada con mucha cautela por los indios y utilizada en la punta de la flecha como veneno para inmovilizar a la presa. Fue patentada por los Estados Unidos en los años 40 y es utilizado para producir relajante y anestésico quirúrgico.

“Espinheira santa” – Su extracto es un excelente remedio contra la gastritis. La empresa japonesa Nippon Mek Japan patentó sus propiedades.

Jaborandi – Ya transformado en remedio (Salegen) por el laboratorio farmacéutico Merck, la planta es un antídoto contra la xerostoma (dificultad para salivar). Investigaciones hechas por el mismo laboratorio, con base en la cultura indígena y de los caboclos brasileños (mezcla de blanco con indio) están con vistas a producir un remedio contra la calvicie. El jaborandi también es bueno para combatir infecciones pulmonares.

[...]

Rompe-piedra- Usada por los indios para tratar problemas hepáticos y renales, fue patentada por un laboratorio norteamericano para fabricar un medicamento que trata la Hepatitis B.

3 Convención sobre Diversidad Biológica, artículo 1.

4 Entiéndase “nación” como el sentimiento de pertenencia social que constriñe espontáneamente al ser humano a un determinado grupo social, más allá de la zona geográfica donde haya nacido.

5 La OMPI (2017, *online*) define la Propiedad Intelectual como la “[...] suma de los derechos relativos a las obras literarias, artísticas y científicas, a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión, a las invenciones en todos los dominios de la actividad humana, a los descubrimientos científicos, a los diseños y modelos industriales, a las marcas industriales, comerciales y de servicio, así como a las firmas comerciales y denominaciones comerciales, a la protección contra la competencia desleal y todos los demás derechos inherentes a la actividad intelectual en los dominios industrial, científico, literario y artístico.”

6 En Brasil, la Ley 9279, de fecha 14 de mayo 1996, disciplina estas materias.

7 Según Douglas Gabriel Domingues, hubo una decisión anterior de la Corte germánica involucrando el asunto. Sin embargo, ésta se refería al BGH, reportándose “las funciones biológicas del microorganismo per se como proceso o medio idóneo de producir un resultado final de un proceso mixto en que fueron empleados seres vivos y objetos inanimados.” (DOMINGUES, 1989a, p. 7).

- 8 Ley denominada de “Acceso y participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos” o Ley N° 13123 de fecha 20 de mayo de 2015. Tiene como Ley conexas el Decreto 8772 del 11 mayo de 2016, que la regula. La Ley 13123 deroga la Ley Provisional 2186-16 del 23 de agosto de 2001 denominada “Herencia genética y Conocimientos Tradicionales”. Cfr. (BRASIL, 2015).
- 9 Ley denominada de “Acceso y participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos” o Ley N° 13123 de fecha 20 de mayo de 2015. Tiene como Ley conexas el Decreto 8772 del 11 mayo de 2016, que la regula. La Ley 13123 deroga la Ley Provisional 2186-16 del 23 de agosto de 2001 denominada “Herencia genética y Conocimientos Tradicionales”. Cfr. (BRASIL, 2015).

## REFERÊNCIAS

ADIERS, Cláudia Marins. A propriedade intelectual e a proteção da biodiversidade dos conhecimentos tradicionais. **Revista da ABPI**, Rio de Janeiro, n. 56, 2002.

ARGÜELLO, Rosa Josefina Bárcenas; RAMOS, Fernando Manzo; CADENA, Esther Méndez. La gestión del conocimiento tradicional y su relación con los derechos de propiedad intelectual. El caso del maíz criollo en una comunidad maya. **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, México, n. 123, 2008. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4016/5123>>. Consultado el: 17 abr. 2017.

BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade intelectual**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

BOFF, Salete Oro. Acordos e Tratados internacionais em matéria de patentes na biotecnologia e Legislação brasileira. In: DEL OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim (Coord.). **O Direito de família contemporâneo e os novos direitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 303-324.

BRASIL. Ley n° 13.123 de 20 de mayo de 2015. Reglamenta el inciso II del § 1 y el § 4 del art. 225 de la Constitución Federal, el artículo 1, el numeral J del artículo 8, el numeral C del artículo 10, el artículo 15 y los §§ 3 y 4 del artículo 16 de la Convención sobre Diversidad Biológica, promulgada por Decreto 2.519, de 16 de marzo de 1998; dispone sobre el acceso al patrimonio genético, sobre la protección y el acceso al conocimiento tradicional asociado y sobre la distribución de beneficios para conservación y uso sostenible de la biodiversidad; revoca la Medida Provisoria 2.186-16, de 23 de agosto de 2001 y da otras providencias. **Presidencia de la República**, 2015. Disponible en: <<https://www.planalto.gov.br>>. Consultado el: 21 mayo 2015.

\_\_\_\_\_. Constitución (1988). **Constitución (da) República Federativa del Brasil**. Brasilia: Senado Federal, 1988. Disponible en: <<http://www.planalto.gov.br>>. Consultado el: 21 mayo 2015.

DOMINGUES, Douglas Gabriel. **Privilégios de invenção, engenharia genética e biotecnologia**. Río de Janeiro: Forense, 1989a.

\_\_\_\_\_. **Primeiras patentes de invenção de animal superior e a proteção legal dos embriões**. Río de Janeiro: Forense, 1989b.

GORZ, André. **O imaterial: conhecimento, valor e capital**. Tradução Celso Azzan Júnior. San Pablo: Annablume, 2005.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. Disponible en: <<https://www.socioambiental.org/pt-br>>. Consultado el: 17 abril 2017.

MATTOS, Cláudio O. Justaposições como invento científico. **Revista Biotecnologia, Ciência & Desenvolvimento**, Brasília, v. 1, n. 5, p. 26-27, mar./abr. 1998.

MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 5 feb. 1917. Disponible en: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Consultado el: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 28 enero 1988. Disponible en: <<http://biblioteca.semarnat.gob.mx/janium/Documentos/Ciga/agenda/DOFsr/148.pdf>>. Consultada el: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley General de Vida Silvestre. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 3 jul. 2000. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146\\_191216.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/146_191216.pdf)>. Consultada el: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 25 feb. 2003. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/259\\_240117.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/259_240117.pdf)>. Consultada el: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley General de Pesca y Acuicultura Sustentables. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 24 jul. 2007. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS\\_040615.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGPAS_040615.pdf)>. Consultada el: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Ley de Propiedad Industrial. **Diario Oficial de la Federación**, Ciudad de México, 27 jun. 1991. Disponible en: <[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50\\_010616.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/50_010616.pdf)>. Consultada el: 17 abr. 2017.

MIRANDA, Rafael Julio Pérez. **Tratado de derecho de la propiedad industrial**. 5. ed. México: Editorial Porrúa, 2011.

MIRANDA, Rafael Pérez; PICHARDO, Quetzalli de la Concha. Protección de los conocimientos tradicionales y de los vegetales en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos de Ecuador. **Revista Alegatos**, México, n. 95, p. 27-44, mayo/agosto 2017.

MORENO, P. C. Breuner. **Tratado de patentes de invencion**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1957. v. 1.

MORENO, Rolando Cañas et al. Marco legal para el conocimiento tradicional sobre la biodiversidad. En: CAPITAL Natural de México: Conocimiento actual de la biodiversidad.

México: Conabio, 2008. v. 1. Disponible en: <[http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/I17\\_Marcolegal.pdf](http://www.biodiversidad.gob.mx/pais/pdf/CapNatMex/Vol%20I/I17_Marcolegal.pdf)>. Consultado el: 17 abr. 2017.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. Río de Janeiro: Bertrand Brasil, 1996.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. **A proteção jurídica das invenções de medicamentos e de gêneros alimentícios**. Porto Alegre: Síntese, 2000.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Convenio sobre Diversidad Biológica**. 1993. Disponible en: <<https://www.cbd.int/doc/legal/cbd-es.pdf>>. Consultado el: 18 abr. 2017.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT). **Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales**. 1989. Disponible en: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf)>. Consultado el: 18 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. **Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales**. 1989. Disponible en: <[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C169](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169)>. Consultado el: 18 abr. 2017.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). **Ley de Acceso y participación en los beneficios derivados de los recursos genéticos y los conocimientos tradicionales conexos**. Disponible en: <[http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file\\_id=376795](http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=376795)>. Consultada el: 19 abr. 2017.

PAREJA, Enrique Láñez. **Patentes biotecnológicas**. Disponible en: <[www.ugr.es/](http://www.ugr.es/)>. Consultado el: 24 jun 2002.

PÉREZ, Leyda Sughei Castillo. **Régimen jurídico para la protección de la medicina tradicional y otros usos de la biodiversidad en las comunidades indígenas**. México: Editorial Porrúa, 2006.

RIFKIN, Jeremy. **O Século da biotecnologia**. Tradução Arão Sapiro. San Pablo: MAKRON Books, 1999.

SHERWOOD, Robert M. **Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico**. Tradução Heloísa de Arruda Villela. San Pablo: EDUSP, 1992.

SHIVA, Vandana. **Biopirataria: a pilhagem da natureza e do conhecimento**. Tradução Laura Cordellini Barbosa de Oliveira. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.

WORLD HEALTH ORGANISATION (WHO). **Traditional medicine**. Disponible: <<http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs134/en/>>. Consultada el: 17 jun. 2010.

Submetido: 24 abr. 2017

Aprovado: 18 ago. 2017

# O NOVO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO DA COMUNIDADE BRITÂNICA<sup>1-2</sup>

Stephen Gardbaum®\*

1 Introdução. 2 O modelo norte-americano de constitucionalismo e sua ampla adoção após 1945. 3 As três declarações de direitos e garantias da Comunidade Britânica. 3.1 A carta de direitos e liberdades canadense de 1982. 3.2 A lei de declaração de direitos da Nova Zelândia de 1990. 3.3 A lei de direitos humanos do Reino Unido de 1998. 4 Avaliação do modelo de constitucionalismo da comunidade britânica. 4.1 A natureza do novo modelo. 4.2 Comparação entre os modelos de constitucionalismo da Comunidade Britânica e dos Estados Unidos. 4.2.1 Os benefícios potenciais do novo modelo. 4.2.2 Esses benefícios podem ser alcançados sem que se rejeite o modelo norte-americano?. 4.2.3 O impacto do novo modelo sobre as soluções existente para o problema do *judicial review*. 4.3 Qual das três versões do modelo da comunidade britânica tem maior probabilidade de proporcionar seus benefícios distintivos?. 5 Conclusão. Referências.

## RESUMO

O “novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica” se refere a uma estrutura ou abordagem geral comum subjacente às cartas de direitos introduzidas no Canadá (1982), Nova Zelândia (1990) e Reino Unido (1998). Como um experimento recente e contínuo em design constitucional, o novo modelo da Comunidade Britânica pode ser algo inédito. Ele representa uma terceira abordagem à estruturação e institucionalização de disposições constitucionais básicas que ocupa o ponto intermediário entre as duas tradicionais opções de supremacia legislativa e judicial, que se excluíam mutuamente. Ele também provê técnicas novas e – pode-se argumentar – melhores para proteger direitos dentro de uma democracia por meio da realocação de poderes entre cortes e legislaturas, o que estabelece maior equilíbrio que qualquer desses dois modelos assimétricos. Dessa forma, o novo modelo da Comunidade Britânica promete ser para os modelos de constitucionalismo o que a economia mista é para formas de organização econômica: uma terceira via distinta e atraente, entre dois extremos mais puros, porém falhos.

**Palavras-chave:** Controle Judicial Fraco de Constitucionalidade (*Weak-form Judicial Review*). Supremacia Judicial. Constitucionalismo Democrático. Anulação Legislativa. Lei de Direitos Humanos do Reino Unido.

---

\* Stephen Gardbaum é Professor de Direito da Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Los Angeles (UCLA). E-mail: <gardbaum@law.ucla.edu>.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito constitucional comparado tem como ponto de partida e tema principal o surpreendente crescimento do constitucionalismo em todo o mundo ao longo dos últimos sessenta anos.<sup>3</sup> Dentro da disciplina, a narração central desse crescimento focaliza dois períodos e conjuntos de avanços: a criação de leis domésticas para proteger direitos fundamentais e sua aplicação com a adoção do controle de constitucionalidade das leis em muitos países da Europa ocidental e no Japão após a Segunda Guerra Mundial e a criação de constituições e de tribunais constitucionais na Europa central e oriental, a partir de 1989.<sup>4</sup> Contudo, apesar das importantes e fascinantes diferenças encontradas nas formas como esses avanços se deram (cujo estudo é um elemento central da disciplina), em sua trama fundamental são adotados os elementos essenciais do modelo de constitucionalismo norte-americano.

Esses elementos essenciais estipulam uma incompatibilidade necessária e fundamental entre a supremacia legislativa e a proteção efetiva dos direitos fundamentais, de modo que optar por esta última exige “constitucionalizar” esses direitos, nos seguintes sentidos específicos. Primeiro, conceder aos direitos fundamentais um *status* jurídico mais elevado do que o da legislação. Segundo, petrificá-los contra emendas ou revogações legislativas ordinárias. Terceiro, impor seu *status* jurídico mais elevado por meio de poder judicial que anule legislação conflitante, de modo que o exercício desse poder não seja passível de revisão por maioria legislativa simples. Paraphraseando brevemente John Marshall, ou os direitos individuais são lei suprema, petrificados e aplicados por um judiciário, não passível de revisão, ou eles são lei ordinária modificável por maioria legislativa: “entre essas duas alternativas, não há meio-termo.”<sup>5</sup>

A adoção desse modelo na Europa ocidental e em outros lugares após 1945 e, novamente, na Europa central e oriental após 1989, quase sempre envolveu passar de um lado da incompatibilidade para o outro: uma mudança histórica e deliberada da supremacia legislativa para a supremacia constitucional, por meio da petrificação de declarações de direitos como lei suprema e da concessão, a alguns grupos de juízes (ou autoridades quase-judiciais), do poder não passível de revisão para invalidar legislação incompatível.<sup>6</sup> Em resumo, o recente crescimento do constitucionalismo mundial tem sido o crescimento do modelo de constitucionalismo inventado nos Estados Unidos.

Houve, contudo, nos últimos vinte anos entre um grupo diferente de países, um conjunto de avanços, coletivamente menos percebidos, que apresenta uma alternativa intrigante para esse modelo, uma alternativa que rejeita seu axioma central de que as reivindicações de supremacia legislativa e a tutela jurídica efetiva de direitos fundamentais são necessariamente incompatíveis e mutuamente excludentes, ou seja, um sistema legal pode endossar uma ou outra, mas não ambas.<sup>7</sup>

Entre 1982 e 1998, três países da Comunidade Britânica, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido – países que estiveram anteriormente entre os últimos bastiões democráticos

da supremacia legislativa tradicional – adotaram declarações de direitos e garantias que se afastavam de maneira autoconsciente do modelo norte-americano e buscavam reconciliar e equilibrar as reivindicações opostas para criar um meio termo entre elas, em vez de adotar uma transferência indiscriminada de um polo para o outro.

De modo mais notável, embora concedam aos tribunais o poder de proteger direitos, eles desvinculam o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poderes aos parlamentos de terem a última palavra.

Claro, é a tensão percebida entre as duas reivindicações dentro de um sistema político democrático o que se considera, com frequência, ser responsável pela criação da dificuldade contramajoritária<sup>8</sup> e dos diversos descontentamentos correlatos associados ao tradicional *judicial review*. Desta maneira, esses países criaram um terceiro e novo modelo de constitucionalismo, que se posiciona entre os dois modelos polares: a supremacia constitucional e a supremacia legislativa.

Muito recentemente, como peça central do que vem sendo descrito como “uma notável nova era do constitucionalismo no Reino Unido”<sup>9</sup>, o Parlamento britânico promulgou a Lei dos Direitos Humanos de 1998<sup>10</sup> (doravante, LDH). Ao incorporar a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ao direito interno,<sup>11</sup> essa lei criou, pela primeira vez na Grã-Bretanha, uma declaração de direitos abrangentes que, em *conteúdo*, é comparável tanto àquela dos Estados Unidos quanto às das histórias de sucesso da narração supracitada. Mas, a maneira pela qual tais direitos foram incorporados pela LDH, como aconteceu antes dela com as declarações de direitos do Canadá e da Nova Zelândia, corresponde a uma rejeição deliberada ao modelo de constitucionalismo norte-americano e seus excessos de poder judicial. No lugar dos excessos de poder judicial, tem-se tentado criar, entre os tribunais e os parlamentos, equilíbrio institucional, responsabilidade conjunta e diálogo deliberativo quanto à proteção e aplicação dos direitos fundamentais que, acreditam esses países, são aquilo que as reivindicações fundamentais e legítimas da soberania parlamentar exigem.

O experimento realizado por esses três países da Comunidade Britânica para transcender a lei do meio termo excluído de Marshall e para reconciliar o que o paradigma dominante postula como valores incompatíveis é, obviamente, um experimento interessante e importante, pois, se bem-sucedido, criará um espaço analítico e prático no direito constitucional interno e no comparado que, em geral, pensava-se não existir.

Em vez de uma escolha mutuamente excludente entre dois polos incompatíveis, o modelo da Comunidade Britânica permite vislumbrar a inovadora possibilidade de um *continuum* que se alonga da supremacia legislativa absoluta até o modelo norte-americano de declaração de direitos e garantias plenamente constitucionalizada, com diversas posições intermediárias que realiza algo de cada. Ademais, embora todas as três declarações de direitos da Comunidade Britânica rejeitem o modelo norte-americano, no sentido de que buscam tornar a proteção de uma declaração de direitos consistente com suas concepções tradicionais de democracia e de soberania parlamentar, cada uma o faz de uma maneira diferente e,

assim, ocupa uma posição diferente nesse *continuum* entre os dois polos.

Além de sua importância por fornecer novas opções institucionais, o novo modelo indica soluções para diversos problemas teóricos e práticos que há muito são vistos como corruptores do modelo norte-americano. Ao tentar criar responsabilidade conjunta e diálogo genuíno entre tribunais e parlamentos a respeito dos direitos fundamentais, o novo modelo promete tanto trazer importantes questões de princípio de volta ao debate legislativo e popular, quanto fornecer uma resolução radicalmente direta para as dificuldades democráticas associadas ao controle de constitucionalidade tradicional.<sup>12</sup>

Este artigo identifica, analisa e avalia o novo modelo de constitucionalismo da Comunidade Britânica. O item 2 descreve brevemente as características essenciais do modelo dominante de constitucionalismo norte-americano e sua ampla adoção ao redor do mundo nos últimos sessenta anos. No item 3, explico como cada um dos três países da Comunidade Britânica rejeitou esse modelo promulgando suas recentes declarações de direitos e garantias, bem como a maneira diferente como cada um deles tentou reconciliar aquilo que o modelo dominante assume como irreconciliável. No item 4, avalio esse novo modelo de constitucionalismo: 4.1 explica com maiores detalhes sua natureza e características gerais; 4.2 compara os modelos da Comunidade Britânica com o dos Estados Unidos analisando (a) os benefícios e vantagens potenciais do primeiro, (b) em que medida são distintos e (c) o impacto do novo modelo sobre as justificativas existentes para o controle de constitucionalidade tradicional; 4.3 pondera qual das três versões do novo modelo – a canadense, a neozelandesa ou a britânica – está mais propensa a concretizar seus benefícios gerais.

## 2 O MODELO NORTE-AMERICANO DE CONSTITUCIONALISMO E SUA AMPLA ADOÇÃO APÓS 1945

A Constituição dos Estados Unidos da América foi, é claro, tanto produto de uma revolução bem-sucedida quanto uma revolução bem-sucedida por si própria – no constitucionalismo e no pensamento constitucional.<sup>13</sup> Ela foi projetada, acima de tudo, em contraste direto à constituição britânica<sup>14</sup> que, quaisquer que fossem os méritos gerais de suas alegações de proteger a liberdade adequadamente, era condenada pelos ex-súditos coloniais norte-americanos por ter deixado de proteger seus direitos e liberdades garantidos pelo direito consuetudinário. Rejeitando direta e conscientemente a fundamental teoria constitucional britânica da soberania do Parlamento,<sup>15</sup> os novos Estados Unidos criaram um sistema de governo baseado na noção de que o poder legislativo é juridicamente limitado e, em seguida, concederam poder aos tribunais para aplicar esses limites.<sup>16</sup> Em cada uma das três questões a seguir, a Constituição dos Estados Unidos deu uma resposta oposta àquela da constituição britânica e, ao fazê-lo, definiu as diferenças polares entre os modelos de supremacia legislativa e constitucional do constitucionalismo. Primeiro, a Constituição dos Estados Unidos, incluindo a Declaração de Direitos e Garantias e todas as emendas subsequentes, é o supre-



mo direito nacional (*the supreme law of the land*), o que significa que ela prevalece em caso de conflito com qualquer outra norma jurídica, seja federal ou estadual, não importando se tal norma foi criada antes ou depois da Constituição.<sup>17</sup> Em contraste, na Grã-Bretanha, as Leis do Parlamento são o supremo direito nacional, e seus conteúdos são juridicamente ilimitados.<sup>18</sup> Segundo, a Constituição dos Estados Unidos é “petrificada” no sentido de que não pode ser emendada por lei ordinária do legislativo, mas somente por procedimento especial e distinto que exige maioria absoluta, detalhado no Artigo V.<sup>19</sup>

Na Grã-Bretanha, a soberania do Parlamento significa que ele pode emendar ou revogar qualquer legislação prévia por maioria simples. De fato, ele pode fazê-lo de maneira tanto explícita quanto tácita. De acordo com a teoria da revogação tácita, uma lei posterior em conflito com uma anterior revoga esta última naquilo em que conflitam. Essa teoria é um mecanismo central para assegurar que o Parlamento não pode vincular seus sucessores em forma ou substância, e que cada novo Parlamento goza da mesma soberania plena e igual de seus predecessores.<sup>20</sup> Terceiro, a supremacia da Constituição dos Estados Unidos é aplicada pelo Judiciário, o qual tem o poder e o dever de anular qualquer norma jurídica, incluindo legislação federal, que conflite com ela, sendo que o parlamento federal e os legislativos estaduais são impotentes para agir por maioria simples contra as decisões do Judiciário.<sup>21</sup> Mesmo com a maioria absoluta exigida de dois terços de ambas as casas, o Congresso pode apenas propor emendas constitucionais; são os legislativos estaduais (ou convenções) que devem ratificá-las.

Na Grã-Bretanha, a soberania do Parlamento significa que nenhum tribunal tem poder para questionar a validade de uma lei parlamentar, o supremo direito nacional.<sup>22</sup>

Antes de 1945, o modelo de supremacia legislativa, tal como exemplificado não apenas pela teoria britânica de soberania parlamentar, mas também pela doutrina francesa de que leis do parlamento são a expressão suprema da vontade geral do povo,<sup>23</sup> era o modelo dominante de constitucionalismo em todo o mundo, particularmente no que diz respeito à questão dos direitos individuais e das liberdades civis.<sup>24</sup> Os pouquíssimos tribunais que tinham poder para realizar o controle de constitucionalidade da legislação nacional quanto a violações de direitos fundamentais enquadravam-se em uma ou mais destas três categorias: eram experimentos recentes ou breves; suas reivindicações por tal poder eram veementemente contestadas; ou exerciam-no em teoria, mas não na prática. Assim, a Irlanda instituiu explicitamente o controle de constitucionalidade judicial em sua Constituição de 1937,<sup>25</sup> a qual incluía proteção a direitos fundamentais.

Os dois primeiros tribunais constitucionais especializados foram instituídos nas novas repúblicas da Áustria (1920-1933) e da Tchecoslováquia (1920-1938), mas a jurisdição da primeira era limitada, até 1929, a petições dos outros poderes do governo e tratavam apenas de questões de separação dos poderes.<sup>26</sup> Na Espanha, um tribunal especializado, o Tribunal de Garantias Constitucionais, funcionou entre 1933 e 1936, durante a malfadada Segunda República.<sup>27</sup> Na Alemanha de Weimar, os dois tribunais gerais mais elevados, ocasionalmente, reivindicavam

para si o controle de constitucionalidade, apesar do silêncio da Constituição quanto ao assunto, mas, na prática, raramente o exerciam, e nunca a respeito de direitos individuais.<sup>28</sup>

O fracasso óbvio e catastrófico do modelo de supremacia legislativa do constitucionalismo em evitar tomadas de poder totalitaristas, bem como a avalanche de violações de direitos humanos antes e durante a Segunda Guerra Mundial, resultaram na adoção dos elementos essenciais do polarmente oposto modelo norte-americano, quase sem exceção, sempre que surgia a oportunidade para um país ter um novo começo e promulgar uma nova constituição.

Para proteger e expressar de forma efetiva seu compromisso para com os direitos e liberdades humanas fundamentais, os países abandonaram, um após outro, a supremacia legislativa, mudando para uma declaração de direitos petrificada com *status* de lei suprema que fosse judicialmente (ou quase-judicialmente) aplicada. Isso incluiu as três potências do Eixo: Alemanha (1949), Itália (1948) e Japão (1947); a Espanha (1978), Portugal (1982) e Grécia (1975), após emergirem de ditaduras autoritárias; a França da atual Quinta República (1958),<sup>29</sup> bem como Chipre (1960), Turquia (1961) e Bélgica (1984). A Áustria reinstituíu seu tribunal constitucional e sua constituição de 1929, com emendas, em 1945.

Atualmente, dentro da Europa ocidental, apenas Holanda e Luxemburgo não alteraram suas constituições para se afastar do modelo tradicional de supremacia legislativa, nem permitem qualquer forma controle de constitucionalidade em sua legislação.<sup>30</sup> Até o ano de 2000, a Finlândia constituía o terceiro membro desse grupo exclusivo, mas, de acordo com sua nova Lei Básica, um poder muito limitado de controle de constitucionalidade passou a ser concedido aos tribunais.<sup>31</sup> Isso a coloca mais ou menos em sintonia com os três outros países nórdicos, Suécia, Dinamarca e Noruega, que compartilham uma tradição na qual um poder de controle de constitucionalidade residual e final é reconhecido em teoria, mas, na prática, cede lugar à supremacia legislativa.<sup>32</sup> A Suíça permite o controle de constitucionalidade da legislação estadual (cantonal), mas não a da legislação federal.

Uma segunda onda de constitucionalização teve lugar na Europa central e oriental, após a dissolução do sistema soviético em 1989. A criação de tribunais constitucionais que exercem o controle de constitucionalidade tem sido um fenômeno universal, juntamente com novas constituições e declarações petrificadas de direitos. Isso inclui Polônia (1986),<sup>33</sup> Hungria (1990), Rússia (1991), Bulgária (1991), República Tcheca (1992), República Eslovaca (1992), Romênia (1992) e Eslovênia (1993)<sup>34</sup> Além disso, pelo menos vinte novas constituições foram adotadas em países africanos desde 1989, muitas contendo declarações de direitos e controle de constitucionalidade, de modo mais proeminente, talvez, a África do Sul em 1996.<sup>35</sup>

Com certeza, tanto os conteúdos dos direitos fundamentais protegidos quanto as formas de controle de constitucionalidade adotadas na Europa ocidental após 1945 e, novamente, na Europa oriental e na África após 1989 diferem de modo interessante e importante da situação nos Estados Unidos. Em termos de conteúdo de direitos, embora sejam semelhantes de modo geral, há três diferenças principais. Primeira, enquanto a Constituição dos Estados

Unidos é notoriamente uma “carta de direitos negativos”<sup>36</sup>, contendo apenas o rol daquilo que os governos estaduais e o federal estão proibidos de fazer a seus cidadãos, algumas das novas constituições também contém alguns direitos positivos, aquilo que os governos devem fazer por eles.<sup>37</sup> Segunda diferença, enquanto nos Estados Unidos as disposições de direitos vinculam apenas o governo, e não os atores privados, com a única exceção da Décima Terceira Emenda, algumas poucas das novas constituições permitem a aplicação “horizontal” de determinadas disposições de direitos, de modo que podem efetivamente vincular cidadãos comuns.<sup>38</sup> Terceira, direitos específicos óbvios estão presentes em algumas constituições enquanto estão ausentes na dos Estados Unidos e vice-versa, e, a respeito de direitos comuns, há diferenças nos níveis de proteção e na extensão em que alguns direitos podem ser limitados.<sup>39</sup>

Quanto às formas de controle de constitucionalidade, há também diversas diferenças importantes e bem conhecidas entre os Estados Unidos e a Europa em particular. Primeira e mais notoriamente, existe a prevalência do sistema “concentrado” do controle de constitucionalidade, muitas vezes conhecido como modelo “europeu” ou “austríaco”<sup>40</sup>, no qual, em geral, apenas um tribunal do sistema jurídico – quase sempre chamado de tribunal constitucional – recebe o poder aplicar o controle de constitucionalidade. Ademais, esse tribunal não é, em geral, aquele mais elevado que já existia, mas um novo tribunal cuja única função é a de exercer esse poder e cujos membros são nomeados de uma maneira diferente, mais manifestamente política, daquela como os juízes ordinários o são.

Esses tribunais ordinários não podem declarar uma lei inconstitucional, mas podem, e algumas vezes devem, remeter a questão ao tribunal constitucional. Isso se compara ao sistema “difuso” ou “descentralizado” dos Estados Unidos e de outros lugares, no qual cada tribunal, seja estadual ou federal, tem o poder do *judicial review*.<sup>41</sup> Em segundo lugar está a questão de quem pode buscar o *judicial review* da legislação. A distinção padrão entre *judicial review* “abstrata” e “concreta” refere-se ao fato de a constitucionalidade da legislação poder ser questionada por cidadãos comuns no contexto de uma “ação ou litígio”, ou apenas por determinados atores políticos específicos, que buscam o que é essencialmente um parecer consultivo vinculante (*binding advisory opinion*) no qual a validade da legislação é considerada em abstrato, fora do contexto de qualquer conjunto de fatos ou da aplicação específica.<sup>42</sup> Nos Estados Unidos, é claro, apenas o *judicial review* concreto é possível, de acordo com Artigo III. Em outros lugares, a maioria dos sistemas permite tanto o *judicial review* abstrato quanto a concreto.<sup>43</sup> Em terceiro vem a questão temporal do *judicial review*: a inconstitucionalidade da legislação pode ser contestada apenas antes de sua promulgação final (“revisão *a priori*”), somente após sua entrada em vigor (“revisão *a posteriori*”), ou em ambos os casos? Nos Estados Unidos, com certeza, a resposta é: somente após e por tempo ilimitado; na França, apenas antes. A maioria dos outros países segue os Estados Unidos nessa questão, embora haja costumeiramente limites temporais para a busca do controle abstrato.<sup>44</sup> Finalmente, existem diferenças significativas no estilo das decisões judiciais e nos métodos de raciocínio, a maioria das quais fazem paralelo com as diferentes orientações gerais da *Common Law* em

comparação com as do *Civil Law*. Uma questão secundária interessante e importante diz respeito à permissibilidade de votos judiciais dissidentes. Embora haja uma tendência clara na direção de permiti-los, alguns países insistem na aparência de unanimidade, acreditando que votos dissidentes solapam a autoridade percebida do tribunal e a objetividade do direito constitucional.<sup>45</sup>

Apesar dessas diferenças importantes e interessantes, tanto no conteúdo dos direitos fundamentais quanto na forma do controle de constitucionalidade adotado por muitos países que abandonaram a supremacia legislativa para dar maior proteção aos direitos individuais – diferenças que são objetos de estudo centrais em cursos e textos de direito constitucional comparado –, elas constituem, em última instância, variações *dentro* do modelo norte-americano de constitucionalismo, não modelos diferentes, uma vez que compartilham suas características essenciais. Quais sejam: um conjunto específico de direitos e liberdades fundamentais com o *status* de lei suprema, petrificado contra emenda ou revogação por maiorias legislativas simples e aplicado por um tribunal independente (na França, esse órgão é chamado de “conselho”), que tem o poder de anular e invalidar a legislação que considere em conflito com esses direitos, estando os parlamentos juridicamente impotentes para atuar por meios políticos ordinários contra as decisões de tal tribunal. Esses elementos essenciais, mais uma vez, definem um arranjo constitucional que é, em todos os aspectos, oposto à situação na qual reina a supremacia legislativa.

De acordo com a supremacia legislativa, o parlamento não é de forma alguma juridicamente limitado; seus atos legislativos constituem a forma mais elevada de lei conhecida no sistema jurídico; não há qualquer lei que não possa ser emendada ou revogada por maioria simples e nenhuma outra instituição tem o poder de questionar a validade de quaisquer de seus atos legislativos. Os termos supremacia legislativa e supremacia judicial, assim, referem-se à qual instituição detém primariamente a tarefa de declarar e proteger os direitos e liberdades dos cidadãos.

### 3 AS TRÊS DECLARAÇÕES DE DIREITOS E GARANTIAS DA COMUNIDADE BRITÂNICA

Assim como os outros países que acabamos de discutir, os três países em foco da Comunidade Britânica – Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido – buscaram, nos últimos vinte anos, criar, para direitos fundamentais, maior tutela jurídica do que é possível dentro da supremacia legislativa tradicional. Porém, diferentemente dos outros, esses três países tentaram fazê-lo enquanto, deliberadamente, *recusavam-se* a abraçar o modelo norte-americano e, em particular, a palavra final que este concede ao judiciário quanto ao que é o direito nacional (*the law of the land*).

Consequentemente, eles criaram um novo terceiro modelo de constitucionalismo, localizado intermediariamente entre a declaração de direitos plenamente constitucionalizada e

a supremacia legislativa plena. O Canadá foi o pioneiro, enquanto os outros dois países, que com ele compartilham tradições jurídicas, políticas e culturais, observaram-no, aprenderam com ele e, por fim, adaptaram o exemplo canadense, utilizado por eles como ponto de partida.

### 3.1 A CARTA DE DIREITOS E LIBERDADES CANADENSE DE 1982

Antes de 1982, os parlamentos provinciais e o federal do Canadá exerciam coletivamente a mesma soberania parlamentar gozada pelo Parlamento mãe em Londres. Embora a alocação do poder legislativo fosse constitucionalmente dividida entre legislativos federais e provinciais, de acordo com a Lei da América do Norte Britânica (*British North America Act*) de 1867, a constituição que efetivamente existia no Canadá; todo poder legislativo se esgotava nessa alocação. Nenhum poder era “retido pelo povo” para além da autoridade de todos os parlamentos, de modo que o poder legislativo total era ilimitado e nenhum tribunal tinha poder de anular qualquer ato legislativo, exceto se a alocação ou o federalismo estivessem em jogo. Como descreve um comentador da situação: a única questão constitucional era “qual jurisdição (federal ou provincial) deveria ter o poder de julgar uma injustiça e não se a injustiça deveria ser completamente proibida.”<sup>46</sup>

Em 1960, o parlamento federal promulgou a Declaração de Direitos e Garantias Canadense (doravante DDGC), uma lei que exige que:

Cada lei do Canadá, a menos que um Ato do Parlamento do Canadá declare expressamente que ela deva vigorar a despeito da Declaração de Direitos e Garantias Canadense, deve ser interpretada e aplicada de modo a não ab-rogar, reduzir ou infringir [...] quaisquer direitos e liberdades aqui reconhecidos e declarados.<sup>47</sup>

Esses direitos, detalhados na Seção 1, que declaram que eles “existem sem discriminação por razão de raça, nacionalidade, cor, religião ou sexo” incluem:

O direito [...] à vida, à liberdade, à segurança da pessoa e ao gozo da propriedade, bem como o direito de deles não ser privado exceto por meio do devido processo legal; o direito [...] à igualdade perante a lei e à proteção da lei; à liberdade religiosa; à liberdade de expressão; à liberdade de reunião e associação e à liberdade de imprensa.<sup>48</sup>

Essa declaração de direitos, uma lei ordinária que vincula apenas o governo federal e não as províncias, foi a primeira de uma série de novos experimentos nos três países da Comunidade que buscaram reconciliar a soberania parlamentar com a proteção aos direitos fundamentais, formando o pano de fundo sobre o qual todas as versões posteriores foram pensadas e comparadas.

A DDGC não especifica o que os tribunais têm o poder ou a obrigação de fazer caso, na ausência de uma declaração parlamentar expressa, uma lei não puder ser interpretada de forma congruente com quaisquer dos direitos protegidos. Devem os tribunais aplicar a lei ou invalidá-la? Embora uma maioria simples da Suprema Corte do Canadá tenha concordado,

dez anos depois de sua promulgação, ser a segunda alternativa a melhor, a ação na qual houve essa concordância foi a única ocasião em que se empregou a DDGC para derrubar uma lei incompatível.<sup>49</sup> No geral, e apesar dessa única decisão, a DDGC é quase universalmente vista como ineficiente porque os tribunais tendem a interpretar seu impacto e seu poder através das lentes tradicionais da soberania parlamentar, limitando, assim, o âmbito de aplicação e a eficácia dos direitos protegidos.<sup>50</sup> Dessa maneira muito juízes, concordando ou não que os tribunais estão autorizados a invalidar leis incompatíveis, enfraqueceram a DDGC ao adotar a assim chamada “teoria dos conceitos congelados” (*frozen concepts theory*), que a interpretava como mera codificação de direitos (em grande parte, consuetudinários) dos cidadãos que vigoravam em 1960, e não como criadora de direitos novos.<sup>51</sup>

Essa interpretação teve o efeito tanto de imunizar todas as leis anteriores a 1960, visto que expressavam e determinavam o conteúdo desses direitos, quanto o de reduzir o alcance do significado dos direitos quando avaliados em relação a leis posteriores. Além disso, os direitos textualmente ilimitados e expressos de modo abstrato foram algumas vezes considerados excessivamente gerais para afetar a interpretação de medidas parlamentares subsequentes ou para serem julgados em conflito com estas últimas.<sup>52</sup> Dessa forma, considerou-se que a declaração de direitos, uma lei ordinária e não petrificada, menos reconciliou a soberania parlamentar com os direitos fundamentais do que permitiu que tal soberania aceitasse tais direitos precisamente da maneira como o modelo padrão de exclusividade mútua teria previsto. O fracasso que se percebeu na DDGC parecia apenas confirmar a escolha óbvia: ou soberania parlamentar ou proteção de direitos fundamentais, mas não ambas: não há meio termo possível. Mas nem o Canadá nem os outros dois países da Comunidade Britânica haviam finalizado o experimento da reconciliação.<sup>53</sup>

O próximo grande avanço foi a promulgação da Carta Canadense de Direitos e Liberdades, formando a Parte 1 da Lei da Constituição de 1982. A Seção 1 da Carta “garante os direitos e liberdade nela especificados, sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos pela lei como se pode justificar e comprovar em uma sociedade livre e democrática”. Nas Seções 2 e 6 a 15, a Carta arrola os direitos substantivos e as liberdades fundamentais que devem ser garantidos a “todos”. Aqueles incluem “as liberdades fundamentais” de mobilidade, religião, pensamento, credo, opinião e expressão; o direito à vida, à liberdade e à segurança da pessoa e a igualdade de direitos.<sup>54</sup>

A Carta foi uma parte essencial da “repatriação” da Constituição do Canadá, desvinculando-a do Reino Unido, negociada pelo Primeiro Ministro Pierre Trudeau e tecnicamente concretizada pela Seção 2 da Lei do Canadá de 1982 promulgada pelo Parlamento britânico.<sup>55</sup> Como é notório, Trudeau almejava um *status* plenamente constitucionalizado para a Carta de acordo com modelo norte-americano, mas diversos primeiros ministros provinciais objetaram em princípio ao conseqüente abandono da tradicional teoria da soberania parlamentar, bem como à sujeição provincial a direitos nacionalizados.<sup>56</sup> A principal solução conciliatória, alcançada na última hora, foi a inserção na Carta da cláusula “não obstante”

da Seção 33, emprestada da Seção 2 da Declaração de Direitos de 1960, mas transformada no novo contexto. Essa cláusula capacitava os parlamentos provinciais e o federal a anular, por maioria simples, os direitos contidos na Carta por um período renovável de 5 anos.<sup>57</sup>

Assim, a Seção 33 foi especificamente projetada como uma solução conciliatória entre a tradicional soberania parlamentar e o modelo do constitucionalismo norte-americano, mas uma solução conciliatória de um tipo diferente daquele contido na Declaração de Direitos de 1960.<sup>58</sup> Nesta última, a disposição funcionava como uma *limitação* sobre a capacidade do Parlamento para anular os direitos protegidos no contexto tradicional da soberania parlamentar, enquanto, no novo contexto de uma Carta constitucional vista como lei superior, a anulação funciona como um *poder* especial ou como uma saída para a ação parlamentar.<sup>59</sup> A questão, claro, era: seria a Carta mais bem-sucedida do que a Declaração de Direitos na reconciliação dos dois valores?

Como ponto inicial, vamos examinar o modo pelo qual a Carta adere aos elementos essenciais do modelo norte-americano discutido acima e aquelas pelas quais se afasta deste. Primeiro, quanto ao *status* jurídico da Carta, a Seção 52 da Lei da Constituição declara que “a Constituição do Canadá”, definida para incluir a Lei da América do Norte Britânica, de 1867, e emendas juntamente com o a própria Lei da Constituição (Carta sendo sua Parte 1), é a lei suprema do Canadá e que “qualquer lei que apresente incongruências com as disposições da Constituição não tem, quanto a tais incongruências, qualquer efeito”. De acordo com a Seção 32, a Carta (diferentemente da DDGC) aplica-se aos legislativos e aos governos tanto do Canadá quanto das províncias.

Segundo, a Carta é petrificada no sentido de que a Constituição da qual faz parte somente pode ser emendada de acordo com as disposições contidas nas Seções 38 a 49 da Lei da Constituição, cuja forma geral exige o consenso de ambas as casas do Parlamento e ao menos dois terços das províncias contendo no mínimo cinquenta por cento da população de todas as províncias.<sup>60</sup>

Terceiro, embora não haja qualquer disposição explícita concedendo aos tribunais o poder de derrubar leis incongruentes com a Carta, essa parece ser a intenção clara da Seção 52 da Lei e das Seções de 1 a 24 da Carta (a cláusula da aplicação) consideradas em conjunto<sup>61</sup> e a Suprema Corte do Canadá tem agido desta maneira desde 1982.<sup>62</sup> Como colocado acima, com exceção da única ocasião de divisão profunda conforme a DDGC, esse foi um novo começo para os tribunais canadenses – e, de fato, para os países de língua inglesa da Comunidade Britânica como um todo – visto que esses tribunais, anteriormente, haviam tido poder apenas em relação à tarefa de policiar a alocação federal-provincial dos poderes legislativos.

Até este ponto, a Lei da Constituição e a Carta adotam todas as características essenciais do modelo norte-americano: (1) direitos fundamentais com *status* de lei suprema; (2) petrificados contra emenda ou revogação por majorias legislativas simples e (3) aplicadas por tribunais detentores do poder do *judicial review*. A solução conciliatória obtida por aque-

les que eram contra o completo abandono da supremacia parlamentar e que foi projetada para evitar a adoção plena desse modelo é a disposição contida na Seção 33 da Carta. Essa disposição rejeita exatamente a característica final do modelo padrão, qual seja, a de que o exercício pelo tribunal de seu poder para derrubar legislação conflitante com um direito fundamental é final e não pode ser revertido pelo legislativo, pois isto é precisamente o que a Seção 33 permite que os legislativos façam.<sup>63</sup>

A Seção 33 (1) declara o seguinte:

O parlamento ou o legislativo de uma província pode expressamente declarar em uma lei do parlamento ou do legislativo, conforme o caso, que uma lei ou uma sua disposição deve vigorar não obstante uma disposição incluída na Seção 2 ou nas Seções de 7 a 15 (as disposições de direitos substantivos) desta Carta.

De acordo com a Seção 33 (3) e (4), essa anulação legislativa de um direito da Carta vigora por um período máximo de cinco anos e pode ser promulgada de novo.<sup>64</sup>

De acordo com a intenção daqueles que insistiam em sua inclusão como o preço a ser pago por se consentir a constitucionalização dos direitos da Carta, a disposição anulatória (*override provision*) preservaria ao menos aquele elemento essencial e básico da soberania parlamentar que garante aos legislativos (mais do que aos tribunais) o poder máximo para determinar se uma promulgação é ou não direito nacional. Desta maneira, a Seção 33 limitaria formalmente o poder judiciário. Como previsto de forma mais positiva por alguns, a Seção 33 forneceria a base institucional para uma nova concepção de tutela de direitos no contexto do sistema político democrático, uma alternativa contextualmente atrativa para a supremacia judicial no estilo dos Estados Unidos.<sup>65</sup>

Enquanto constitucionalmente se presume que os direitos da Carta prevaleçam quando entrem em conflito com uma promulgação legislativa, tal pressuposição pode ser expressamente refutada por um parlamento atuando com maioria simples, o que cria um papel tanto para os tribunais quanto para os deputados eleitos no equilíbrio entre direitos e outras reivindicações da sociedade. Passando das implicações jurídicas da Seção 33 para as políticas, era de se esperar que a utilização da Seção 33 por um parlamento tivesse consequências políticas para além daquelas de rotina, forçando discussão e justificativa pautadas em princípio quanto aos méritos, antes que eleitores atentos aceitassem limitações a seus direitos.<sup>66</sup> Desta maneira, um diálogo proveitoso entre os tribunais e os legislativos substituiria o monólogo judicial do modelo norte-americano. Freios e contrapesos seriam importados para a própria função de proteção a direitos.

Como é notório, as coisas não funcionaram da maneira que se esperava.<sup>67</sup> Dois meses após a promulgação da Lei da Constituição, e em resposta à sanção da Lei sem seu consentimento,<sup>68</sup> a Assembleia Nacional do Québec aprovou o Projeto de Lei 62, um uso geral e preventivo da Seção 33 para se autoimunizar, tanto quanto possível, contra a Carta constitucionalizada.<sup>69</sup> Essa lei, sozinha, adotou quatro providências.<sup>70</sup> Primeira, ela revogou e promulgou novamente toda a legislação pré-Carta da província e ainda adicionou uma cláusula anulatória a cada uma (a característica “*omnibus*”). Segunda, a cláusula anulatória



adicionada a cada uma tinha uma forma “padrão”, simplesmente repetindo os dizeres da Seção 33, no sentido de rezar que “esta Lei vigorará não obstante as disposições das Seção 2 e 7 a 15 da Lei da Constituição de 1982”. Terceira, ela adicionou automaticamente tal cláusula anulatória padrão a toda legislação nova. Quarta, ela concedeu às cláusulas anulatórias um efeito retroativo para cobrir o período de dois meses contados da entrada em vigor da Carta.<sup>71</sup>

Na primeira ação em que interpretou a Seção 33 em 1988, *Ford v. Québec*, a Suprema Corte do Canadá manteve esse emprego controverso a despeito de alegações de que suas características *omnibus* e padrão violavam tanto a letra de uma exigência de especificidade quanto o espírito do empreendimento.<sup>72</sup> A Corte fez isso interpretando que a Seção 33 continha apenas os requisitos formais mínimos, satisfeitos nessa ação e, portanto, proporcionava apenas um espaço limitado para o controle de constitucionalidade de exercícios de acordo com ela.<sup>73</sup> Ela invalidou apenas a aplicação retroativa da anulação, aplicando ao texto da Seção 33 a presunção tradicional da interpretação jurídica a favor de efeitos prospectivos apenas. A permissibilidade de um emprego preventivo da anulação, como distinto de um emprego que responda a uma declaração de inconstitucionalidade pelo tribunal, não entrou em questão em *Ford* e parece ter sido presumida, embora obviamente a decisão no caso desfaça qualquer dúvida sobre o assunto.<sup>74</sup>

É interessante que, embora se tenha afirmado que a decisão da Corte de conceder à Seção 33 uma interpretação mais formal e mais facilmente satisfeita do que discutivelmente o texto sugere ou seus redatores intencionavam foi incitada (como sua interpretação da DDGC) por uma orientação tradicional para a soberania parlamentar,<sup>75</sup> o verdadeiro resultado do episódio foi bem o oposto. Longe de deflagrar um movimento retrógrado de volta ao ponto de partida da soberania parlamentar tradicional, como foi em geral o que aconteceu com a DDGC após 1960, uma convenção constitucional parece ter manifestado, ao menos a respeito das outras províncias do Canadá e do Parlamento federal, que a disposição anulatória não deveria ser usada de forma alguma.<sup>76</sup> Na verdade, ela fora usada apenas uma vez por outra província além da de Québec, e isso aconteceu pouco antes da própria decisão do caso *Ford*. Tal se deu na província de Saskatchewan quando esta empregou a Seção 33 para encerrar uma greve dos seus servidores públicos e para anular a decisão do Tribunal de Recursos da província de que a Carta continha um direito implícito à greve, decisão que foi revertida pela Suprema Corte do Canadá, em 1987.<sup>77</sup>

Desta maneira, qualquer que fosse seu potencial teórico para oferecer um equilíbrio entre a soberania parlamentar e o controle de constitucionalidade, apresentando com isso uma nova estrutura de tutela de direitos, a Seção 33 não foi mais efetiva na prática do que a DDGC quanto a reconciliar as duas posições,<sup>78</sup> embora seja interessante notar (com exceção do Québec) que ela foi ineficaz exatamente na direção oposta. Enquanto a DDGC não reduziu a dificuldade majoritária colocada pela soberania parlamentar ilimitada, a convenção contra seu uso impediu que a Seção 33 mitigasse a dificuldade contramajoritária colocada por um poder ilimitado do controle

de constitucionalidade. Em ambos os casos, o resultado foi um rápido retrocesso para os dois pólos, se bem que polos opostos.

No geral, então, parece justo dizer que a experiência do Canadá provavelmente contribuiu pouco para enfraquecer a alegação de Marshall de que não existe meio termo. As experiências institucionais para experimentar e criar um meio termo, contudo, não terminaram por aí. Quando declarações de direitos e garantias posteriores foram apreciadas e promulgadas na Nova Zelândia e no Reino Unido, os participantes do debate estavam mais do que cientes dos supracitados eventos no Canadá, o qual, como país coparticipante da Comunidade Britânica, com cultura jurídica e tradição de soberania parlamentar semelhantes, foi visto como um exemplo muito mais relevante do que os Estados Unidos ou a Europa ocidental. Poderemos agora verificar se qualquer um deles foi capaz de chegar a uma reconciliação mais bem sucedida.

### 3.2 A LEI DE DECLARAÇÃO DE DIREITOS DA NOVA ZELÂNDIA DE 1990

Assim como a Carta canadense, a Lei de Declaração de Direitos e Garantias da Nova Zelândia de 1990 (doravante LDDNZ) começou como uma proposta do governo para constitucionalizar de forma plena um conjunto de direitos fundamentais no modelo padrão que enfrentou oposição política esmagadora em defesa da concepção tradicional no país de democracia e soberania parlamentar, e foi, desta maneira, emendada em uma tentativa de reconciliar as duas. Embora as disposições substantivas da LDDNZ tenham sido modeladas com base na Carta canadense e sejam bem semelhantes a estas, a maneira como a LDDNZ tenta reconciliar as duas posições, contudo, é bastante diferente.

O governo trabalhista de Geoffrey Palmer publicou um Livro Branco em 1985 que propunha a promulgação de uma declaração de direitos como lei suprema plenamente constitucionalizada. O Livro Branco foi recebido com oposição generalizada nos círculos jurídicos e políticos sob alegação de que aquilo era desnecessário e de que se afastava muito das tradições jurídicas e políticas do país, as quais tinham forma muito semelhante às da soberania parlamentar britânica. Em consequência, o governo foi forçado a recuar e, por fim, reintroduziu uma versão emendada da declaração de direitos que foi promulgada em meio a amargas divisões partidárias.<sup>79</sup>

Assim como a Declaração de Direitos e Garantias Canadense de 1960, a LDDNZ é uma lei ordinária – e não uma lei suprema – de declaração de direitos que não é petrificada, podendo ser emendada ou revogada como qualquer outra lei. Além disso, em nenhuma circunstância os direitos contidos na LDDNZ podem anular uma lei conflitante. A Seção 4 proíbe expressamente que os tribunais invalidem qualquer lei por incongruências com os direitos contidos na Seção 1 e, de maneira específica, elimina a regra que, do contrário, seria normal, de que leis anteriores e conflitantes são tacitamente revogadas pelos direitos contidos na Declaração de Direitos subsequente.<sup>80</sup> Neste sentido, sua força jurídica é *menor* do que aquela de uma lei ordinária, em vez de ser maior, como acontece com a Carta canadense.

Por outro lado, o método básico para aplicar os direitos nela contidos confere à LDDNZ um *status* bastante especial *vis-à-vis* leis ordinárias. Esse método consiste em impor um dever aos tribunais de interpretar todas as outras leis de modo consistente com os direitos contidos na LDDNZ, sempre que possível. Nas palavras da Seção 6, “sempre que uma promulgação puder ser interpretada de modo consistente com os direitos e liberdades contidos nesta Declaração de Direitos e Garantias, tal interpretação deve ser privilegiada em relação a qualquer outro sentido.”

Assim, embora seu *status* jurídico seja o de uma lei ordinária, a LDDNZ é uma lei estrutural que determina como outras leis ordinárias devem ser interpretadas. Além disso, ela o faz legislando, não um conjunto de ferramentas interpretativas “neutras” – tais como determinar se os tribunais podem ou não levar o histórico legislativo em consideração ou se os cânones *eiusdem generis* e *expressio unius est exclusio alterius* devem ser presumidos –, mas legislando um conjunto de direitos substantivos.

Desta maneira, a LDDNZ pode ser entendida como uma declaração de direitos *interpretativa*, mais do que *anulatória*, como o é a Carta canadense: se e somente se uma lei não puder ser interpretada de forma consistente com a declaração de direitos, irá esta sobrepujar aquela. Esses dois tipos de declaração de direitos representam dois métodos diferentes para proteger direitos que podem tanto ser compatíveis com a preservação de elementos chave da soberania parlamentar quanto podem conceder aos parlamentos um papel institucional na proteção de direitos. De acordo com uma declaração de direitos anulatória, tal obrigação interpretativa é menos urgente porque a força jurídica protetória jaz no poder que tem o tribunal de anular leis conflitantes, mais do que em seu poder interpretativo de forçar um parlamento a pagar os custos políticos de violação clara e explícita de direitos. Em consequência, por exemplo, a Carta canadense não impõe tal dever interpretativo aos tribunais.

Como acabamos de ver, a LDDNZ protege os direitos nela contidos por intermédio do dever interpretativo que impõe aos tribunais de acordo com a Seção 6 e do consequente custo político conferido aos parlamentos de promulgar uma medida que muito claramente viole um direito tutelado com o qual não possa ser interpretada de maneira congruente.<sup>81</sup> Em sua Seção 4, ela protege a soberania parlamentar ao declarar que tal legislação incongruente não pode ser invalidada pelos tribunais e que prevalece sobre a LDDNZ independentemente de quando foi promulgada.

Embora, por essa razão, juridicamente, a LDDNZ proteja uma versão particularmente forte da soberania parlamentar – no sentido de que não pode haver qualquer questionamento da validade de uma lei do Parlamento – ela de fato transfere poderes importantes para os tribunais de modo a proteger direitos fundamentais, quais sejam: o poder de controlar o significado das leis de uma maneira não encontrada nos cânones de interpretação jurídica. Ademais, essas duas disposições da LDDNZ, as Seções 4 e 6, conduzem claramente em direções opostas.<sup>82</sup>

A esse respeito, a experiência do Canadá com sua Declaração de Direitos e Garantias, de 1960, é altamente relevante. A LDDNZ tem, em essência, o mesmo *status* jurídico e

emprega o mesmo mecanismo protetório da DDGC e, contudo, como discutido acima, a impressão geral foi a de que os juízes canadenses tornaram a DDGC tão ineficaz que uma medida mais forte, a Carta, fez-se necessária.<sup>83</sup> Na verdade, com relação a três aspectos, a DDGC, textualmente falando, tutela *mais* os direitos fundamentais e *menos* a soberania parlamentar do que a LDDNZ. Primeiro, a DDGC não contém uma disposição como a da Seção 4 da LDDNZ, que nega expressamente aos tribunais o controle de constitucionalidade, mas silenciou quanto à questão de como deveriam ser aplicados os direitos. Como discutido acima, uma maioria simples da Suprema Corte do Canadá interpretou por fim esse silêncio como concedendo a ela o poder de invalidar leis incongruentes, embora este tenha sido exercido apenas uma vez e, mesmo assim, no contexto menos controvertido de uma lei anterior à declaração de direitos.<sup>84</sup> Segundo, a cláusula “não obstante” da Seção 2 da DDGC reza que apenas por meio de declaração expressa pode o Parlamento anular os direitos nela contidos, de modo que, na ausência de tal declaração, parecia haver razão suficiente para acreditar que uma lei conflitante subsequente não prevaleceria sobre a DDGC, diferentemente do que acontece com a LDDNZ.<sup>85</sup> Terceiro, de acordo com a DDGC, a obrigação de interpretar a legislação em consonância com os direitos fundamentais foi formulada em termos absolutos e não foi qualificada por uma cláusula “na medida do possível” como aconteceu na LDDNZ. Se tomado literalmente, isso implicaria que uma lei nunca poderia entrar em conflito com um direito.<sup>86</sup>

Como vimos, apesar desses suportes textuais, considerou-se que os tribunais canadenses foram ineficazes quanto à tutela de direitos. Em contraste, e ao contrário de muitas expectativas – e de algumas esperanças – de que a mudança de uma lei constitucional de declaração de direitos para uma ordinária iria efetivamente matá-la, a LDDNZ recebeu uma resposta judicial bastante diferente daquela recebida pela DDGC.<sup>87</sup> Embora existam alguns problemas espinhosos de metodologia e de aplicação provenientes do caráter fragmentado do seu projeto (o assim chamado “quebra-cabeças das Seções 4-5-6”),<sup>88</sup> o que levou algumas pessoas a concluir que a LDDNZ não funcionou bem na prática,<sup>89</sup> parece haver substancialmente tanto consenso sobre serem os tribunais da Nova Zelândia protetores entusiasmados dos direitos fundamentais quanto o há sobre não o serem os tribunais canadenses atuando conforme a DDGC.

Desde o princípio, a mais elevada corte da Nova Zelândia, o Tribunal de Recursos, insistiu em (a) que a LDDNZ deve ser interpretada de maneira ampla e tendo um propósito, em vez de o ser de maneira estreita e técnica, e (b) que o *status* de lei ordinária dos direitos não afetou sua importância ou significado.<sup>90</sup> Com base nessa abordagem “centrada em direitos”<sup>91</sup> da LDDNZ, o Tribunal de Recursos rapidamente empregou os novos direitos no contexto da ação oficial do procedimento criminal instituindo uma regra de exclusão *prima facie* de provas obtidas com violação do direito ao aconselhamento jurídico e da garantia contra buscas e apreensões arbitrárias<sup>92</sup> e, também, instituindo a possibilidade jurídica para a ação de indenização por violação da LDDNZ.<sup>93</sup>

Em termos de seu dever interpretativo, o Tribunal de Recursos adotou, em geral, um ponto de vista liberal, porém não radical, com relação à sua habilidade de interpretar as leis de modo congruente com a Declaração de Direitos, aceitando que assim faria sempre que a lei pudesse ser interpretada de maneira razoável, mas não quando fosse resultar em uma interpretação forçada.<sup>94</sup>

De modo geral, os tribunais têm-se mantido fortes na proteção dos direitos e desempenhado um papel importante no crescimento da cultura de direitos que muitos comentadores descreveram como estável e permanente.<sup>95</sup> A razão pela qual as experiências da Nova Zelândia e do Canadá, com leis ordinárias de declaração de direitos juridicamente semelhantes, diferiram tanto não está completamente clara, embora o período de trinta anos entre suas promulgações tenha sido um período no qual tanto a prática quanto a legitimidade da articulação judicial e da aplicação de direitos em geral cresceram substancialmente, nos países da Comunidade Britânica, especialmente no contexto do direito administrativo. O fracasso da DDGC também era bem conhecido na Nova Zelândia, de modo que os tribunais podem ter desejado conscientemente evitar a repetição do mesmo erro.

Por fim, uma característica procedimental importante da LDDNZ é que, de acordo com a Seção 7, o Procurador Geral deve examinar minuciosamente todos os projetos apresentados à Câmara dos Deputados e chamar a atenção de seus membros para quaisquer disposições que pareçam incompatíveis com os direitos e liberdades da LDDNZ.<sup>96</sup> Novamente, isso é semelhante a uma disposição presente na DDGC que não consta da Carta canadense,<sup>97</sup> o que reflete as diferentes estratégias das declarações de direitos interpretativas e das anulatórias. Embora aquela não negue a um parlamento o poder de agir de forma incompatível com direitos fundamentais, ela busca impelir o legislativo a adotar debates autoconscientes, bem divulgados, informados e baseados em princípios quanto a direitos, exigindo declarações claras de decisão legislativa para violá-los.<sup>98</sup> A ideia geral é a de que é apropriado para o parlamento ter a última palavra sobre o que é o direito nacional, mas apenas quando houver mecanismos para assegurar que, em seus procedimentos de tomada de decisão, os direitos sejam levados a sério.

### 3.3 A LEI DE DIREITOS HUMANOS DO REINO UNIDO DE 1998

A Lei de Direitos Humanos de 1998, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000, foi a peça central para a concretização das promessas eleitorais feitas pelo então governo trabalhista quanto à reforma constitucional<sup>99</sup> e foi descrita como “um momento decisivo na história constitucional e legal do Reino Unido.”<sup>100</sup> Sua promulgação é também o ponto mais alto de um debate que se estendeu por décadas no Reino Unido sobre os méritos e a possibilidade jurídica de alguma forma de declaração de direitos codificada em geral, e a incorporação da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH) ao direito interno em particular.<sup>101</sup> O debate constitucional em torno dessas propostas teve lugar no contexto do seguinte dilema tradicional: por um lado, uma declaração de direitos na forma

de lei ordinária estaria propensa a garantir proteção jurídica insuficiente a esses direitos, por outro, proteção maior que essa era algo problemático, se não impossível, de acordo com a constituição britânica e sua teoria central da soberania parlamentar.<sup>102</sup>

A novidade da solução encontrada pelo governo para esse dilema encontra-se na maneira como a CEDH foi incorporada, a qual, alega o governo, protege em essência “direitos da Convenção”<sup>103</sup> até o limite máximo dentro dos parâmetros da soberania parlamentar tal como entendida tradicionalmente. Não há dúvidas de que, no contexto legal e constitucional britânico, a mera existência de um conjunto de direitos codificados constitui uma mudança radical na cultura jurídica e política, independentemente da forma exata e do *status* jurídico que possui. Isso porque ele substitui a concepção existente de liberdades civis como essencialmente residuais – os cidadãos estão livres para fazer o que quer que a lei, o direito consuetudinário e a legislação delegada<sup>104</sup> não os proibam de fazer – por um conjunto de direitos primários ou afirmativos que limitam o que os cidadãos podem ser proibidos de fazer em primeiro lugar. A LDH, assim, promete alçar o discurso sobre direitos ao primeiro plano de uma cultura jurídica da qual estiveram antes amplamente ausentes. Todavia, da perspectiva do constitucionalismo comparado, o maior interesse está na forma e no *status* jurídico desses direitos, juntamente com os mecanismos para protegê-los, uma vez que, mesmo aceitando-se sem questionamentos a caracterização dada pelo governo à incorporação, eles acrescentam algo novo às opções existentes. Eles permitem ver uma terceira variação do tema da constitucionalização parcial, mas não plena, dos direitos fundamentais.

As disposições essenciais da LDH com relação à legislação “primária” (isto é, parlamentar) são as seguintes. A Seção 1 define os direitos e liberdades contidos na CEDH e seus protocolos, com exceção dos artigos 1 e 13 (que estão excluídos), como “os direitos da Convenção”. De acordo com a Seção 3, todos os tribunais devem interpretar e colocar em vigor a legislação primária (bem como a secundária) de uma maneira que seja compatível com os direitos da Convenção, “na medida em que seja possível fazê-lo”. De acordo com a Seção 4, caso um dos tribunais mais elevados especificados esteja convencido de que não é possível fazê-lo e de que a legislação primária em questão é, portanto, incompatível com um direito da Convenção, tal tribunal pode emitir uma declaração formal dessa incompatibilidade.

Contudo, de acordo com a Seção 4(6), não obstante uma declaração dessas, nenhum tribunal tem o poder de rejeitar ou invalidar tal legislação, a qual continua a ter pleno vigor e validade. Uma vez emitida uma declaração, a LDH não cria qualquer obrigação jurídica para o Parlamento nem para o governo de responder de qualquer forma que seja, mas ela concede poderes ao ministro pertinente para criar uma “ordem de reparação” de acordo com a Seção 10 e o Anexo 2. Esse procedimento de “rastreamento rápido” permite que um ministro emende legislação incompatível através de ordem submetida à consideração de ambas as Casas do Parlamento e por elas aprovada.<sup>105</sup> A LDH obviamente não precisava dar poderes ao Parlamento para emendar ou revogar tal legislação visto que esse poder cla-

ramente já existe. O governo manifestou diversas vezes sua crença de que o curso de ação normal seria o de que tal declaração “muito certamente incitaria o governo e o Parlamento a alterar a lei.”<sup>106</sup> De acordo com a Seção 19, sempre que um novo projeto de lei estiver sendo examinado no Parlamento, o ministro pertinente deve apresentar uma declaração por escrito antes de sua segunda leitura, tanto para afirmar que, de acordo com seu ponto de vista, o projeto é compatível com os direitos da Convenção, quanto para atestar que, embora tenha sido incapaz de fazer tal declaração, o governo deseja, ainda assim, prosseguir com ao projeto. Finalmente, a Seção 6 torna ilegal que uma “autoridade pública”, definida de modo a excluir o Parlamento e incluir os tribunais, atue de maneira que seja incompatível com um direito da Convenção.

Para que se possa decidir se, e como, a LDH reconcilia de algum modo significativo a soberania parlamentar com a tutela aos direitos fundamentais, faz-se necessário levar em consideração tanto (a) o *status* jurídico alegado e o real dos direitos da Convenção quanto (b) os aspectos políticos, além dos jurídicos, da LDH. A respeito das três questões jurídicas centrais, o governo alega que deu “mais vigor”<sup>107</sup> aos direitos da Convenção sem (I) dar a eles *status* de lei suprema, (II) petrificá-los contra emenda ou revogação e (III) conceder aos tribunais o poder do *judicial review*. Esta é a razão pela qual o governo reivindica ter incorporado os direitos sem se afastar do tradicional entendimento da soberania parlamentar. Consideremos agora de maneira cuidadosa cada uma dessas três questões.<sup>108</sup>

Em termos de *status* jurídico, os direitos da Convenção claramente não são lei suprema, com força normativa mais elevada do que uma lei legislada, visto que, de acordo com a Seção 4(6), uma lei declarada pelos tribunais incompatível com um direito da Convenção continua a ter plenos efeitos jurídicos. De fato, assim como acontece com a LDDNZ, os direitos da Convenção não têm o objetivo de possuir sequer a plena força jurídica de uma lei ordinária, pois a aplicação textual da Seção 4(6) a leis anteriores à LDH (e não apenas a leis posteriores a ela) significa a exclusão da teoria padrão da revogação tácita de uma lei incompatível mais antiga por uma mais recente.<sup>109</sup> É por esta razão que tanto o governo quanto seus críticos concordam que, tecnicamente, os direitos da Convenção não foram de modo algum “incorporados” como parte do direito interno ordinário, mas devem produzir efeitos de alguma outra maneira. Esse ponto deixa claro, de maneira fortuita, que os direitos da Convenção *podiam* ter recebido maior tutela dentro dos limites da teoria tradicional da soberania parlamentar.

Por outro lado, há características e implicações da LDH que dão aos direitos da Convenção maior proteção jurídica do que aos direitos contidos em leis ordinárias. Em primeiro lugar, é claro, está o dever interpretativo imposto a todos os tribunais de interpretar as leis de modo congruente com os direitos da Convenção sempre que possível. Isso contraria o método normal de interpretação jurídica, de acordo com o qual o exame do sentido claro do texto, mais do que o do propósito legal, é ainda primário<sup>110</sup> e reduzirá substancialmente as ocasiões em que se encontrará um conflito que resulte em leis que sobrepujem direitos da Convenção.

Segundo, nas raras ocasiões em que um conflito não puder ser evitado, a expectativa política, se não o dever jurídico, é a de que os direitos da Convenção irão, no final das contas, preponderar. Isso resulta não apenas do poder judicial concedido pela LDH de declarar incompatibilidade, mas também do próprio e importante fato de que a LDH pretende excluir a regra normal pela qual um direito da Convenção seria tacitamente revogado por uma lei subsequente incompatível,<sup>111</sup> de modo que ele continue a ter toda força legal que os direitos da Convenção possuem. Essa é uma implicação clara do texto legal que não limita declarações de incompatibilidade a leis anteriores, pois, se as leis conflitantes subsequentes revogassem de maneira tácita os direitos da Convenção, não haveria, é claro, qualquer fundamento para uma declaração de incompatibilidade.

Este é o lado negativo de não terem sido incorporados como direito interno ordinário. Essa implicação foi também afirmada de maneira expressa pelo Lorde Juiz Presidente em um debate.<sup>112</sup> Resta ver se os tribunais irão ou não pôr em vigor a intenção do governo com respeito a isso, pois existe um precedente de longa data que, como parte da teoria da soberania parlamentar, falta ao Parlamento o poder de imunizar suas leis contra a revogação tácita subsequente.<sup>113</sup> Desta maneira, esse importante aspecto da LDH é incompatível com a concepção tradicional de soberania parlamentar. Logo, como resultado da combinação entre a exclusão da revogação tácita e a autorização para se declarar incompatibilidade, espera-se que os direitos da Convenção sejam política, embora não juridicamente, lei suprema.

Em terceiro lugar, diferentemente dos legislativos canadenses, de acordo com a Seção 33, o Parlamento não pode anular um direito da Convenção em uma ação específica, isto é, sem emendar ou revogar de maneira geral e expressa esse direito da Convenção. Se o Parlamento tentasse dizer que uma lei subsequente deve ser aplicada não obstante haja conflito com um direito da Convenção, uma declaração desse tipo pareceria não ter efeito jurídico adicional, pois nada na LDH impede que um tribunal declare tal incompatibilidade nessas circunstâncias. É claro que, em resposta, o Parlamento pode não emendar a lei incompatível sob o fundamento de que o tempo todo deixou clara sua intenção, mas a questão é que o Parlamento não pode imunizar sua medida contra o escrutínio judicial da maneira como a cláusula anulatória permite que os legislativos canadenses o façam. Apenas uma emenda geral ou revogação clara e expressa de um direito da Convenção pode criar tal imunidade e mesmo aí os tribunais podem ainda aplicar seu dever hermenêutico à questão de interpretar o que o Parlamento realizou.

Quanto à questão da petrificação, o governo declarou em seu Livro Branco que petrificar direitos da Convenção contra emenda ou revogação posterior por maiorias legislativas simples não era nem “necessário” nem “desejável”, visto que isso “não poderia ser reconciliado com nossas próprias tradições constitucionais, as quais permitem que qualquer lei do Parlamento seja emendada ou revogada por uma lei subsequente do Parlamento.”<sup>114</sup> Como acabamos de discutir, contudo, e *diferentemente* da LDDNZ, o efeito de expulsar a regra normal de revogação tácita por lei posterior conflitante (presumindo-se que os tribunais permitam isso) corresponde a petrificar de modo fraco os direitos da Convenção visto que,



ao contrário da legislação ordinária, eles apenas podem ser expressamente revogados ou anulados. Até que isso ocorra, os direitos da Convenção continuam a ter plena força jurídica e os tribunais especificados possuem o poder de proferir uma declaração de incompatibilidade ante uma lei posterior conflitante exatamente da mesma maneira que acontece com uma lei anterior – mesmo de fato, como sugeri, diante de uma declaração parlamentar expressa de que o direito da Convenção deve ser anulado.<sup>115</sup> Isso tem o efeito de impelir o Parlamento a declarar de maneira expressa sua intenção de emendar ou revogar um direito da Convenção, normalmente com uma declaração ministerial nesse sentido de acordo com a Seção 19. Os custos políticos de assim proceder são obviamente maiores do que os da revogação tácita que não está disponível e isso acrescenta alguma petrificação política à forma fraca de petrificação jurídica.

Finalmente, a questão da aplicação judicial nos leva a refletir sobre a característica individual mais inovadora da LDH: o poder concedido pela Seção 4 de se declarar uma lei parlamentar incompatível com um direito da Convenção que, porém, não traz consigo o poder de invalidar tal lei. Assim como a cláusula não obstante é uma invenção do Canadá,<sup>116</sup> esse poder teve sua origem na LDH. Tanto em seu Livro Branco quanto durante o debate parlamentar acerca do projeto, o governo declarou repetidas vezes que havia decidido não conceder o poder do controle de constitucionalidade aos tribunais em virtude da importância que atribuía à soberania parlamentar.<sup>117</sup> Todavia, mesmo sem o poder adicional de anular lei incompatível, o qual o governo afirmou que os tribunais não queriam e nem ele próprio tinha autorização de conceder,<sup>118</sup> esse poder de questionar uma lei do Parlamento não tinha qualquer precedente na Grã-Bretanha fora do contexto jurídico da União Europeia<sup>119</sup> e se colocava em tensão óbvia com o segundo ramo da teoria tradicional da soberania parlamentar. Ele de fato divide o poder do controle de constitucionalidade em duas funções separadas – decidir se existe um conflito entre um direito da Convenção e uma lei, e invalidar a última, caso exista – e conceder apenas o primeiro aos tribunais, enquanto deixa o segundo para o Parlamento.<sup>120</sup> Mas mesmo que a LDH não exija do governo e do Parlamento ação reparadora em resposta a uma declaração, o que corresponderia a abrir mão da substância da segunda função, o governo declarou repetidamente que o resultado normal de uma declaração seria ou uma emenda ou uma revogação.<sup>121</sup> Assim, o exercício por um tribunal do poder de declarar uma lei incompatível com um direito da Convenção, pelo menos, coloca em questão a “validade prolongada” da lei e, na maioria das vezes, obrigará as instituições políticas a emendá-la ou revogá-la.

Seja ou não essa engenhosa divisão da função do controle de constitucionalidade entre tribunais e Parlamento tecnicamente coerente com a soberania parlamentar, como alega o governo, o poder político que ela transfere às instâncias mais elevadas do judiciário é, indubitavelmente, um passo radical no contexto da cultura jurídica e constitucional britânica. Ao decidir se existe ou não incompatibilidade, os tribunais superiores realizarão inevitavelmente o mesmo tipo controverso e contestado de tomada de decisão constitu-

cional que os tribunais constitucionais praticam ao exercerem ambas as funções, algo que a versão britânica da separação de poderes tradicionalmente proibia.

Além disso, em termos de poder e cultura judiciais, o dever de interpretar a legislação primária em consonância com os direitos da Convenção deverá ser ao menos tão importante quanto o poder de declarar incompatibilidade, pois isso dá aos tribunais espaço substancial para reescrever leis do Parlamento empregando um método de interpretação amplo e direcionado a um propósito que é, mais uma vez, estranho à concepção britânica de função judicial, de acordo com a separação dos poderes.<sup>122</sup> O resultado de ambos é o de colocar, de forma direta e sem ambiguidade, o ônus sobre o Parlamento caso este deseje agir de forma incongruente com um direito da Convenção, um preço que o governo pode não estar disposto ou não ser capaz de pagar. A LDH, assim, envolve uma mescla e uma divisão de poderes muito interessantes entre os tribunais e os legislativos no que concerne à tutela aos direitos da Convenção. Ela é menos direta do que a cláusula anulatória canadense, no sentido de que o legislativo não deve apenas optar entre revogar ou substituir a decisão de um tribunal, pois não há decisão vinculante sem resposta parlamentar à declaração de incompatibilidade.

#### 4 AVALIAÇÃO DO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO DA COMUNIDADE BRITÂNICA

O modelo norte-americano de constitucionalismo enxerga a supremacia legislativa e a efetiva proteção dos direitos fundamentais como mutuamente excludentes, exigindo que, em última instância, um sistema jurídico opte por um ou por outro. O período transcorrido desde o final da Segunda Guerra Mundial é visto como um período no qual houve um crescimento enorme no constitucionalismo mundial, precisamente porque aconteceram mudanças muito difundidas nessa escolha básica, passando-se da supremacia legislativa para as declarações de direitos constitucionalizadas, uma vez que a tutela inadequada dos direitos fundamentais, que caracteriza a primeira, foi quase que imediatamente vista como inaceitável, dadas as experiências da Europa e do Japão.

Embora essa escolha fundamental entre duas opções diametralmente opostas seja, portanto, entendida como necessária, nunca se considerou que ela não tivesse um custo, uma vez que os problemas teóricos e práticos associados a cada uma das opções são bem conhecidos. O problema com a supremacia legislativa é, em resumo, o problema do majoritarismo legalmente ilimitado: nenhuma garantia formal e jurídica para os direitos fundamentais contra medidas devidamente promulgadas pelo parlamento, quaisquer que sejam os direitos legislados, consuetudinários, convencionais, culturais ou morais que o sistema jurídico possa em determinado momento reconhecer ou expressar.

Os problemas com uma declaração de direitos plenamente constitucionalizada estão muito bem documentados, nos Estados Unidos que a inventaram, nos muitos países que a rejeitaram, bem como naqueles poucos que o continuam a rejeitar pelas mesmas razões bási-

cas. Em resumo, o veto judicial da legislação substitui o governo pelo povo por um governo de juízes (*gouvernement des juges*) com relação a muitas das mais importantes e controvertidas questões a serem resolvidas em uma comunidade política. Ele concede poder final de tomada de decisão sobre questões de princípio normalmente fundamentais e controvertidas, bem como sobre a questão do que é ou não direito nacional para o poder do governo que é o menos responsabilizável e que, caso seja de algum modo representativo, representa a soberania do passado sobre o presente.

Ao fazer isso, ele incapacita instituições representativas e desloca o autogoverno popular. Esse problema inerente fica ainda pior porque, qualquer que seja a teoria, essa palavra final raramente, se de tudo, é um ato puramente mecânico ou auto-evidente, mas deixa, para os tribunais que exercem o poder em ações e contextos específicos, discricionariedade interpretativa substancial.

Assim como argumenta Jeremy Waldron, o *judicial review* não é um procedimento de tomada de decisão menos não-democrático do que uma ditadura por ter o povo votado a seu favor.<sup>123</sup> Além disso, há muito se argumenta que o *judicial review* desencoraja e debilita a discussão legislativa e popular das questões de maior peso ao retirar a responsabilidade pela decisão final e enfraquece a capacidade política do povo ao substituir a responsabilidade popular pela judicial.<sup>124</sup>

Apesar desses problemas já amplamente reconhecidos, existe, acredito eu, um aspecto importante da verdadeira tensão entre o *judicial review* e a soberania popular cujo valor – por razões históricas – não é plenamente percebido nos Estados Unidos e que resultou em uma falta de compreensão plena da razão pela qual as reivindicações da supremacia legislativa foram, e continuam a ser, tão poderosas e imperativas para tantos outros países. Na Europa e em outros lugares, a supremacia legislativa é frequentemente entendida como a manifestação institucional distintiva da soberania popular, a noção de que todo poder político provém do povo e com ele permanece. Além disso, a soberania popular não é em geral percebida como um truísmo político vazio, pois ela foi tipicamente o resultado concreto e renhido de séculos de luta entre o povo, de um lado, e, do outro, um monarca (normalmente apoiado pela igreja e pela aristocracia) pela localização definitiva do poder. Ao longo dessa batalha, a soberania popular foi comumente institucionalizada no legislativo e o poder monárquico, no executivo ou no judiciário. A supremacia legislativa, assim, refletiu o triunfo histórico do povo contra as reivindicações de supremacia da Coroa e de uma reduzida elite política.<sup>125</sup>

Em compensação, nos Estados Unidos (produto de uma revolução colonial, mais do que de uma revolução popular, nesse sentido), a soberania popular foi considerada como certa de acontecer desde a fundação e, conseqüentemente, tende a parecer um truísmo, pois é difícil contemplar a hipótese de alternativas mesmo que, é claro, a revolução tenha sido lutada e a constituição projetada no contexto imediato de uma delas. Desta maneira, as instituições do governo não têm os mesmos históricos ou conjuntos de significados sociais. Sobretudo áridos, os parlamentos não são concebidos da mesma maneira como o órgão coletivo *distintivo*

do povo. Em vez disso, eles são um dentre diversos órgãos do governo erigidos como um mal necessário e, em princípio, não menos estranhos ou “dos nossos” – e provavelmente mais perigosos – do que o poder executivo, ambos devendo ser vistos com suspeita pragmática e colocados uns contra os outros.<sup>126</sup> Nesse contexto, impor limites jurídicos aos parlamentos não parece ser o mesmo que impor limites a “nós mesmos” ou o mesmo que transferir o poder para o povo; antes, parece semelhante a impor limites jurídicos ao executivo – ambos são limites que o povo impõe a seus líderes eleitos. É claro, a criação “desse contexto” foi um aspecto central do pensamento político revolucionário subjacente à Constituição.<sup>127</sup>

A nova “raça híbrida de declaração de direitos”<sup>128</sup> que este artigo examina, foi projetada de forma consciente para prover uma nova solução para o antigo problema da incompatibilidade entre a supremacia legislativa e a tutela efetiva (isto é, judicial) dos direitos fundamentais.

A solução é nova porque rejeita a ideia de que as duas são necessariamente incompatíveis, ou seja, que apenas uma ou outra é possível. As novas declarações de direitos fundamentam-se na ideia de que é possível ter aquilo que há de essencial em ambas: a tutela judicial dos direitos fundamentais e a retenção pelo legislativo do direito de ter a última palavra sobre o que constitui o direito nacional. Ao contrário da visão tradicional originada da posição do Juiz Presidente Marshall de que não existe meio termo possível,<sup>129</sup> elas clamam tê-lo encontrado e institucionalizado esse espaço analítico.

No restante deste artigo, primeiro abordarei mais profundamente a forma geral dessa solução. Explicarei então os benefícios e vantagens em potencial do novo modelo, questionarei se são exclusivos dele e avaliarei o impacto do novo modelo sobre as justificativas para o controle de constitucionalidade tradicional dentro do contexto da opção bipolar. Por fim, examinarei qual das três versões do novo modelo tem maior probabilidade de obter êxito no que diz respeito a proporcionar seus benefícios gerais e exclusivos.

#### 4.1 A NATUREZA DO NOVO MODELO

O novo modelo de constitucionalismo tenta criar um meio termo coerente entre a tutela dos direitos fundamentais e a supremacia legislativa. As duas não são, necessariamente, mutuamente excludentes, como se presumia antes, porque é possível ter aquilo que cada uma possui de mais valioso sem abrir mão do essencial. De forma mais precisa, o modelo da Comunidade Britânica propõe que, a respeito de duas das três questões jurídicas que em conjunto definem as oposições polares – o *status* jurídico dos direitos fundamentais e a aplicação judicial –, existem posições intermediárias viáveis entre as tradicionais escolhas do tipo ou isto/ou aquilo.

Em primeiro lugar, as declarações de direitos da Comunidade Britânica rejeitam a proposição de que o *status* jurídico dos direitos fundamentais deva ou ser o de lei suprema ou, então, estar em pé de igualdade com o das leis legisladas ordinárias, situação que vincula o legislativo de modo apenas contingente, dependendo dos caprichos desta. Cada uma das

três propõe um *status* jurídico intermediário. Os direitos da Carta, no Canadá, receberam um *status* menor do que o de lei suprema porque, embora costumeiramente sobrepujem todas as outras normas jurídicas, eles podem ser sobrepujados por maioria legislativa simples, estadual ou federal, sem serem emendados ou revogados. De acordo com a LDDNZ, o dever interpretativo atribuído aos tribunais neozelandeses significa que os direitos fundamentais sobrepujam leis potencialmente conflitantes, a menos que estas não possam ser interpretadas de modo a torná-las compatíveis. Nesse sentido, eles não são nem lei suprema, nem lei ordinária. Na Grã-Bretanha, o mesmo dever interpretativo, acrescido do poder judicial de declarar incompatibilidade, concede aos direitos da Convenção um *status* mais elevado do que o da lei ordinária, mas, ligeiramente mais baixo do que o de lei suprema.

A respeito da questão da aplicação judicial, os países da Comunidade Britânica deixam perceber que, de maneira semelhante, não é necessariamente verdade que os tribunais ou têm o poder final para invalidar leis conflitantes com direitos fundamentais, e conseqüentemente os legislativos são impotentes para reinstituí-las, ou então eles não têm o menor poder para aplicá-los. Mais uma vez, cada um dos três países da Comunidade Britânica produziu algo que se situa a meio caminho dessas duas posições: os tribunais têm uma função na aplicação dos direitos fundamentais que não corresponde aos plenos poderes do controle de constitucionalidade. Assim, no Canadá, os tribunais exercem o controle de constitucionalidade, mas estão sujeitos ao poder dos parlamentos para imunizar leis conflitantes ou reinstituir leis invalidadas. Na Nova Zelândia, os tribunais aplicam os direitos fundamentais não através da invalidação de leis, mas pela interpretação que dão a elas em consonância com os direitos, sempre que possível. Na Grã-Bretanha, os tribunais fazem o mesmo e, além disso, têm o poder de questionar uma lei conflitante declarando-a incompatível com um direito fundamental e provocando a expectativa (embora não a exigência jurídica) de que a lei será emendada ou revogada pelo legislativo.

Quanto à terceira questão jurídica, a petrificação, nem o Canadá nem a Nova Zelândia apresentam uma solução intermediária entre as tradicionais posições polares, mas a Grã-Bretanha, sim. No Canadá, os direitos da Carta somente podem ser emendados ou revogados por maiorias absolutas provinciais e nacional específicas, em sintonia com modelo norte-americano.<sup>130</sup> Em contraposição, a LDDNZ pode ser expressamente emendada ou revogada por maioria legislativa simples e tacitamente revogada por lei posterior conflitante, embora, de acordo com o dever interpretativo, somente no caso de tal lei não poder ser interpretada de modo a evitar o conflito. De acordo com a LDH britânica, contudo, essa doutrina comum de revogação tácita não se aplica aos direitos da Convenção, significando que eles podem apenas ser emendados ou revogados de forma expressa, o que corresponde a uma forma limitada de petrificação, situada a meio caminho entre os polos.<sup>131</sup>

Dessas maneiras específicas, portanto, as declarações de direitos híbridas deixam perceber a possibilidade de que as reivindicações de supremacia legislativa e a efetiva tutela dos direitos fundamentais não sejam mutuamente excludentes, mas, antes, formem um *continuum*

que vai da concepção mais absoluta de supremacia legislativa, em um polo, até o modelo norte-americano de uma declaração de direitos constitucionalizada, no outro.

Assim, movendo-se ao longo desse *continuum* a partir da extremidade da supremacia legislativa, a LDDNZ ocupa uma posição mais próxima desse polo, mas, ainda assim, um pouco afastada dele. Ela se distancia um pouco porque, embora não permita que a supremacia jurídica da legislação seja questionada de forma alguma, limita, através do dever interpretativo que impõe aos tribunais, as circunstâncias e a maneira como a legislação prevalecerá sobre a declaração de direitos. Ela concede aos tribunais um poder que não tinham anteriormente de acordo com os cânones ortodoxos de interpretação, para avaliar de maneira estrita as restrições aos direitos. A LDH ocupa, mais adiante no *continuum*, uma posição mais próxima do polo do modelo norte-americano do que aquele da LDDNZ, pois, além do dever interpretativo que também impõe aos tribunais, ela tanto impede a revogação tácita de suas disposições por legislação subsequente quanto garante aos tribunais mais elevados o poder de declarar formalmente uma incompatibilidade, no caso de haver um conflito que os tribunais não possam dissipar por meio de sua interpretação. Espera-se que tal declaração normalmente provoque uma resposta legislativa cujo resultado é a prevalência do direito sobre a lei conflitante. Finalmente, a Carta canadense posiciona-se intermediariamente entre o modelo norte-americano e a LDH, no sentido de que adota todos os elementos essenciais daquele, excetuando-se a anulação legislativa de direitos da Carta.

É claro, quaisquer que sejam as minúcias analíticas desse *continuum* a indicar a existência de um meio termo entre os dois polos, as recém-institucionalizadas posições ao longo dele serão atrativas ou plausíveis somente na medida em que equilibra e enfrenta os problemas percebidos em cada um dos dois polos. Alega-se novamente que aquilo que há de valioso e essencial tanto na tutela dos direitos fundamentais quanto na soberania parlamentar pode ser aproveitado simultaneamente sem seus problemas correlatos. Recapitulemos. O que há de valioso e essencial na tutela dos direitos fundamentais é obviamente a proteção jurídica adequada desses direitos. O problema associado a ela é que uma declaração de direitos plenamente constitucionalizada concede aos tribunais, em vez de aos parlamentos, a última palavra sobre o que é o direito nacional. De maneira contrária, o elemento mais essencial da soberania parlamentar é o fato de que o parlamento deveria receber poderes para ter essa última palavra, e o problema correlato é que, dessa maneira, a proteção adequada aos direitos fica impossível.

Em termos puramente jurídicos, portanto, cada um dos países da Comunidade Britânica agora protege direitos de maneira mais eficaz do que na época de seu regime original de supremacia legislativa plena e absoluta. O Canadá, pela instituição de uma declaração de direitos de anulação limitada; a Nova Zelândia, por intermédio de uma declaração de direitos exclusivamente interpretativa; e a Grã-Bretanha, com a mescla das duas. Por outro lado, cada um também conserva o elemento fundamental da soberania parlamentar, do modo a vêem, assegurando que a legislatura possa, caso queira, ter a última palavra sobre o que é

o direito nacional. No Canadá, pelo exercício da anulação; na Nova Zelândia, por meio da legislação que expressamente, ou por inferência livre de ambiguidade, limite direitos; e na Grã-Bretanha, primeiro por limitação expressa e depois pela recusa de emendar ou revogar uma lei após uma declaração judicial de incompatibilidade.

## 4.2 COMPARAÇÃO ENTRE OS MODELOS DE CONSTITUCIONALISMO DA COMUNIDADE BRITÂNICA E DOS ESTADOS UNIDOS

Quais são os benefícios e vantagens em potencial deste novo modelo? São eles exclusivos deste ou os mesmos resultados podem ser alcançados dentro do modelo norte-americano? Qual luz, se alguma, esse novo modelo lança sobre as justificativas existentes para o modelo norte-americano visto dentro do contexto da tradicional escolha bipolar?

### 4.2.1 Os benefícios potenciais do novo modelo

Analítica e institucionalmente, o maior impacto e a maior contribuição do novo modelo é abrir um leque de possibilidades intermediárias onde previamente, pensava-se, não existia nenhuma. A nova questão pode passar a ser, em vez de saber qual das duas posições polares deveremos ocupar, onde nos posicionar no espectro.

Com quase toda certeza, pode não haver uma resposta global para essa questão, pois, em última instância, a escolha deverá depender, ao menos em parte, das preferências normativas entre os valores que provavelmente são cultural e historicamente específicos. Mas, mesmo assim, o novo modelo poderá dar três importantes contribuições para essa decisão.

Primeiro, na medida em que um sistema jurídico escolhe uma das duas posições opostas pelos méritos de cada uma, embora consciente da existência dessas novas opções, porque prefere o controle de constitucionalidade tradicional ou por estar vinculado à versão mais forte da supremacia legislativa, então sua escolha é muito mais autoconsciente e, em consequência, mais transparente. Segundo, na medida em que a escolha não contou com informações completas como essas, mas teve como premissa a noção de que existem apenas duas posições polares, a solução híbrida da Comunidade Britânica promete reabrir e tornar mais complexas questões de uma forma saudável. Terceiro, a evidência empírica do registro atual das experiências da Comunidade Britânica com a tutela de direitos pode complementar e ajudar a informar a questão normativa de qual escolha entre os dois valores é apropriada e necessária. Até aqui, a preocupação no registro canadense é oposta à de saber se se protege adequadamente a soberania parlamentar. Na Nova Zelândia, surgiu uma “nova cultura de direitos” em torno da Declaração de Direitos, embora isso tenha levado em conta principalmente o controle de constitucionalidade dos atos administrativos, o que não levanta a questão de sua incompatibilidade da mesma maneira que a da legislação. Na Grã-Bretanha, é obviamente muito cedo para concluir algo.

Além de criar opções onde previamente elas não existiam, o modelo da Comunidade Britânica indica quatro benefícios específicos e tangíveis em comparação com a posição polar do modelo norte-americano. Quais sejam: (a) abordar o problema da debilitação legislativa e popular que preocupou muitos observadores do *judicial review* tradicional; (b) fazer com que o discurso sobre direitos constitucionais se transforme, passando de um monólogo judicial para um diálogo interinstitucional mais rico e mais equilibrado; (c) aprimorar a legitimidade do papel dos tribunais por intermédio da criação de uma divisão de trabalho parcial a respeito da tarefa comum, e talvez inevitável, de se equilibrar, na jurisdição constitucional, direitos individuais e imperativos da política pública e (d) reduzir, se não eliminar, a tensão entre a tutela judicial dos direitos fundamentais e a tomada de decisão democrática. Analisemos agora, um por um, esses benefícios.

Ao menos desde que James Bradley Thayer identificou a questão no final do séc. XIX, tem sido plenamente reconhecido que um dos maiores custos institucionais do controle de constitucionalidade é que este tende a debilitar tanto o exame legislativo de matérias de elevados princípios quanto a responsabilidade popular pela proteção dos direitos através do voto secreto.<sup>132</sup> Isso porque, onde os legislativos não têm a responsabilidade final, existe uma tendência, tanto da parte daquelas quanto da do eleitorado, de deixar questões de constitucionalidade e de direitos para os tribunais.<sup>133</sup> Com o tempo, essa desvalorização do discurso legislativo pode não apenas minar a capacidade de autogoverno do povo, como também ser um fator importante no deslocamento do interesse público para o interesse privado, o que, na opinião de muitos, caracteriza e desmoraliza a política contemporânea.

Ao conceder aos parlamentos o poder de ter a última palavra sobre o que é a lei, o modelo da Comunidade Britânica promete quebrar esse círculo vicioso e revitalizar o debate político legislativo e popular. Seja exercendo seu poder de anular a Carta, seja respondendo a uma declaração de incompatibilidade ou legislando claramente de uma maneira que não possa ser interpretada de forma congruente com a declaração de direitos, os legislativos contam com novos e poderosos incentivos para não delegar a responsabilidade da consideração de matéria de princípios aos tribunais. O exame pelos tribunais deixa de ser necessariamente o exame final. Por outro lado, o exercício desse poder legislativo provavelmente não será rotineiro, mas, empreendido sob os holofotes da publicidade – iniciado por declarações ministeriais, decisões judiciais ou pela anulação – e presumivelmente carregará um pesado fardo político de justificativa quanto às razões pelas quais os direitos individuais não deveriam prevalecer. Desta forma, a expectativa é a de que os legislativos serão forçados a enfrentar e a deliberar de uma maneira baseada em princípios sobre as mesmas controvérsias e determinadas questões jurídica, políticas e morais que os tribunais enfrentam no contexto da jurisdição constitucional.<sup>134</sup>

Fortemente ligado a isso está o fato de que o monopólio e o monólogo judicial, quanto ao significado e ao âmbito de aplicação dos direitos constitucionais, podem ser substituídos pelo diálogo interinstitucional entre os tribunais e os parlamentos, o qual aprimoraria a qualidade e as dimensões da análise constitucional, pois o problema da debilitação não é apenas



um problema auto-induzido pelos legislativos. Dentro da teoria da supremacia judicial, a qual concede ao judiciário a última palavra, os tribunais frequentemente se ressentem das tentativas empreendidas pelos parlamentos de participar na tarefa da interpretação constitucional, declarando ser isso uma usurpação de sua autoridade.<sup>135</sup>

Embora analiticamente distintas, a supremacia judicial leva com facilidade à exclusividade judicial e ao desrespeito institucional pelas opiniões constitucionais dos poderes eleitos do governo. Isso pode também ocasionar a *superjudicialização* do discurso constitucional e a conseqüente extinção de formas de constitucionalismo popular.<sup>136</sup> O diálogo compulsório, a concorrência e a responsabilidade conjunta entre os tribunais e os parlamentos, que o modelo da Comunidade Britânica almeja assegurar, prometem acrescentar uma nova dimensão e perspectiva à tarefa da interpretação constitucional e também enriquecer a iniciativa.

Esse diálogo pode também levar, quanto à análise constitucional, a uma divisão de trabalho entre os tribunais e os legislativos que seja melhor e mais apropriada do que aquela existente em um sistema de supremacia judicial. Raramente são os direitos constitucionais absolutos, estejam ou não as limitações expressas presentes no texto.<sup>137</sup> Nesse contexto, a jurisdição constitucional exige tanto a especificação dos limites permissíveis quanto a determinação de terem ou não sido excedidos os limites em qualquer caso específico. Na medida em que a conclusão da segunda tarefa envolve, como de costume,<sup>138</sup> avaliar tanto a importância do objetivo legislativo quanto a racionalidade, a necessidade ou a proporcionalidade da lei questionada, existe com frequência uma sensação de que os tribunais correm o risco de se extraviarem para o terreno da política e da preferência.

O modelo da Comunidade Britânica oferece a possibilidade de uma divisão de trabalho na qual os tribunais têm efetivamente a última palavra na primeira tarefa, mais parecida com lei, de especificar o padrão constitucional, e os legislativos, na segunda, a aplicação desse padrão. Isso porque os parlamentos talvez estejam mais propensos a dar conta de seu fardo *político* ao fornecerem uma justificativa não pela via de contestação do estabelecimento, por um tribunal, do âmbito de aplicação e do conteúdo de um direito, nem pela via do anúncio de que o estão simplesmente anulando, mas porque discordam do tribunal quanto à função, à primeira vista menos inerentemente “judicial”, de se pesarem as razões para se limitar o direito em um caso específico. Nesse processo, os tribunais podem na verdade ficar mais encorajados a interpretar o conteúdo e o âmbito de aplicação dos direitos, sabendo que não terão necessariamente a responsabilidade final de restabelecer o equilíbrio ou de rejeitar os pontos de vista majoritários.<sup>139</sup> Isso pode diminuir a percepção de que os tribunais estão empenhados na política discricionária, o que, por sua vez, pode ocasionar tanto uma tomada de decisão constitucional melhor e mais apropriada, quanto uma maior atribuição de legitimidade às funções dos tribunais.

Finalmente, o novo modelo é, claro, projetado de forma autoconsciente para proporcionar uma nova solução institucional ao antigo problema da tensão entre *judicial review* e democracia. Suas alegações são as de que a proteção judicial de direitos não precisa ser incompatível com a essência da supremacia judicial, a qual exige que os legisladores tenham

o poder da última palavra. Essa é, obviamente, a maneira mais direta de “dissolver” a dificuldade contramajoritária: o *judicial review* fica sujeito à anulação majoritária de uma das três formas diferentes proporcionadas. Analisarei o impacto dessa solução sobre as justificativas existentes.

#### 4.2.2 Esses benefícios podem ser alcançados sem que se rejeite o modelo norte-americano?

Como indiquei logo de início, a disciplina do direito constitucional comparado está muito ocupada com as variações institucionais exibidas entre muitos países que adotaram as características essenciais do modelo norte-americano de constitucionalismo a partir de 1945.

Algumas dessas variações foram projetadas para diminuir a tensão entre a supremacia judicial e a legislativa por intermédio da criação de pontes procedimentais e institucionais por sobre o abismo substantivo que as separa. O mesmo objetivo foi tentado nos Estados Unidos pelo mecanismo característico da autorregulamentação: os tribunais impondo restrições ao seu próprio exercício do poder do *judicial review*. Podem os benefícios potenciais do modelo da Comunidade Britânica serem alcançados, através de variações e reformas dessa espécie, dentro do modelo norte-americano e, sobretudo, sem que se afaste da teoria da supremacia judicial?

Uma tentativa procedimental popular para contrabalançar a reconhecida tensão entre supremacia constitucional e legislativa a respeito da proteção de direitos é aumentar o papel do legislativo na nomeação de juízes que exercitem o *judicial review*. Embora os tribunais detenham substantivamente a última palavra sobre o que é a lei, característica central do modelo norte-americano, alcança-se certo grau de reconciliação procedimental ao conceder ao parlamento a última palavra sobre quem deve exercer esse poder sobre suas promulgações. Na Europa, tanto o característico tribunal constitucional singular e especializado quanto o método de selecionar seus membros têm como premissa a negação da justificativa dada pelo Juiz Presidente Marshall para o *judicial review* como parte normal e rotineira da função judicial regular.<sup>140</sup> Assim, o sistema ordinário de nomeação e promoção judicial – uma função puramente executiva e amplamente burocrática desempenhada pelo Ministro da Justiça ou seu equivalente<sup>141</sup> – é substituído por uma função mais abertamente política na qual os membros do tribunal constitucional são selecionados ou de maneira direta apenas pelo legislativo, com o devido e declarado respeito à filiação partidária dos juízes, ou com as duas casas do legislativo mais o executivo selecionando um terço cada.<sup>142</sup>

Em contraposição, o processo de nomeação nos Estados Unidos é muito menos direcionado à reconciliação procedimental com a supremacia legislativa, uma vez que os juízes federais são indicados pelo chefe do poder executivo (eleito diretamente), estando o papel legislativo limitado à aprovação ou rejeição pelo Senado por meio de voto majoritário. Um segundo mecanismo procedimental correlacionado, comum na Europa, é ter, em lugar da vitaliciedade, um mandato com duração fixa e não renovável para o tribunal

constitucional, a fim de assegurar uma participação legislativa mais frequente na composição de seus membros.<sup>143</sup>

Embora a seleção pelo legislativo de juízes constitucionais e os mandatos fixos possam talvez reduzir a tensão entre a supremacia constitucional e a legislativa, elas não solucionam sua principal fonte. Esta é menos a questão procedimental de seu método de nomeação do que a questão substantiva de sua função. Aqui é importante distinguir, como questões separadas, o *judicial review* como procedimento não democrático de tomada de decisão e a reivindicação de supremacia legislativa. Mesmo a eleição direta de juízes (como acontece em nível estadual nos Estados Unidos) não satisfaria essa reivindicação. Um tribunal constitucional com membros nomeados plena e diretamente pelo legislativo continua não equivalendo a um comitê legislativo, em virtude da diferença crítica de que o parlamento não tem poder para anular suas decisões, nem a última palavra. Além disso, não está óbvio que a seleção legislativa pode ou poderia proporcionar os potenciais benefícios. Exceto talvez pela questão específica das nomeações judiciais, não fica claro como isso reduz o problema da debilitação ou cria diálogo interinstitucional e, na medida em que o faz, surge a ameaça potencial a outro valor sistêmico importante: a independência do judiciário.

Isso pode acontecer sobretudo naqueles poucos sistemas em que os juízes têm mandatos fixos e renováveis, mas poderia também surgir dentro do arranjo mais comum de mandatos fixos e não renováveis.<sup>144</sup> Em compensação, a grande inovação das declarações de direito híbridas é instituir, quanto à responsabilidade pela proteção dos direitos, uma divisão *oficial* de trabalho entre os tribunais e os parlamentos que não depende de obrigações ou incentivos criados pelo sistema de nomeação.

A teoria do *judicial review* mínima, advogada inicialmente em fins do séc. XIX por James Bradley Thayer<sup>145</sup> e adotada em graus diversos por seus protegidos e por outros membros da Suprema Corte dos Estados Unidos durante o séc. XX,<sup>146</sup> é a principal teoria da autorregulamentação. O fato de esta teoria ter sido expressamente inserida nos textos constitucionais da Suécia e da Finlândia demonstra, contudo, que a natureza autorregulamentatória do *judicial review* mínima não é essencial.<sup>147</sup> De acordo com a fórmula proposta pelo próprio Thayer, apenas quando um legislativo tiver cometido um “erro muito claro” a respeito da constitucionalidade da lei por ela promulgada, “tão claro que não se presta a questionamento racional”, deveria um tribunal derrubá-la.<sup>148</sup> Essa regra de deferência representa tanto uma tentativa procedimental para justificar o *judicial review* contrabalançando sua notória tensão com o processo de tomada de decisão democrático, quanto uma tentativa de enfrentar uma de suas consequências institucionais, o problema da debilitação democrática, limitando o alcance do poder.<sup>149</sup>

A visão de Alexander Bickel de que, a respeito do *judicial review*, os tribunais deveriam exercer “virtudes passivas”<sup>150</sup> é uma outra expressão desse ideal limitativo, como também o são presunções mais fortes e genéricas de constitucionalidade. Em certo sentido, a teoria opta pelo *judicial review de jure* e pela supremacia legislativa *de facto*, o limite respectivo de cada uma dependendo do critério específico de “erro claro”. A formulação alternativa de

Thayer de “para além de dúvida razoável” a qual, assim como sua contraparte penal, parece exigir unanimidade, cria obviamente uma presunção muito forte de constitucionalidade.<sup>151</sup>

Uma comparação entre as declarações de direitos híbridas revela que o controle de constitucionalidade mínimo pode ser uma solução inferior a respeito dos valores polares. Com relação à proteção de direitos em um contexto no qual a discordância radical, embora razoável, na jurisdição constitucional é endêmica, o resultado estaria propenso a ser sub-aplicação e sub-proteção substanciais – muito mais do que em qualquer das três versões de declarações de direitos híbridas. Isso ilustra mais uma vez a colocação geral de que a efetividade da tutela de direitos não é simplesmente uma função de seu *status* jurídico. Em essência, a teoria minimalista inverte o dever interpretativo imposto aos tribunais no Reino Unido, na Nova Zelândia e conforme a DDGC no Canadá, pois exige que os tribunais interpretem a Constituição como congruente com a lei sob contestação sempre que não haja “erro claro”, em vez de exigir que se interprete a lei à luz da declaração de direitos. Por outro lado, contudo, o controle de constitucionalidade mínimo ainda violaria a soberania parlamentar sempre que não justificasse seu exercício, uma vez que o parlamento não tem poder jurídico para insistir que seu erro claro se sustenta, embora este não seja o tipo mais forte de caso para uma anulação. Essa característica “tudo ou nada” da teoria minimalista significa que pouco equilíbrio real entre os dois valores é alcançado e, dessa perspectiva, ela parece inferior à declaração de direitos híbrida.

Quanto à debilitação democrática, e ao diálogo interinstitucional também, uma forte presunção de constitucionalidade pode simplesmente criar incentivos inadequados para o legislativo ou o povo tomar parte nos desejados debates baseados em princípios em comparação com o modelo da Comunidade Britânica. Em vez de se sentir obrigada a conduzir tal debate, o parlamento pode simplesmente deixá-lo com os juristas para que apresentem as alegações plausíveis a favor da constitucionalidade, se e quando chegar a hora. E, sem uma invocação legislativa expressa de seu poder de substituir ou anular direitos individuais, os eleitores podem não estar avisados ou não ter informações suficientes para provocar seus interesses.<sup>152</sup>

Uma possibilidade final, ao menos dentro da versão estadunidense do modelo norte-americano, é a de que alcançar o mesmo resultado de um mecanismo legislativo anulatório é algo que, na verdade, já estava entre os poderes enumerados do Congresso de controlar a jurisdição dos tribunais federais, incluindo a Suprema Corte.<sup>153</sup> Pode-se argumentar que, interpretado de maneira ampla, esse poder poderia ser utilizado para limitar ou mesmo destruir o poder do *judicial review*. Mas, a não ser pelos fatos de que (a) o poder jurisdicional do Congresso nunca foi empregado ou compreendido dessa maneira, como notou Mark Tushnet nesse contexto,<sup>154</sup> e de que (b) provavelmente haveria sérias dificuldades constitucionais para assim proceder, dado o *status* constitucional inerente ao *judicial review* como visto por Marshall, isso não significaria alcançar os mesmos benefícios dentro do modelo norte-americano; mas, abandonar esse modelo em favor de uma das duas alternativas.

A abolição pelo Congresso do *judicial review* simplesmente promulgaria a soberania parlamentar plena e uma utilização mais limitada e particularizada do poder congressional criaria mais uma versão do modelo da Comunidade Britânica, conferindo ao legislativo poder para ter a última palavra. Muito provavelmente, seu caráter opaco, altamente técnico e indireto<sup>155</sup> estaria menos propenso a proporcionar os benefícios associados aos outros três métodos, mais abertos e explícitos. Todavia, novamente, central aqui não é saber se os Estados Unidos *poderiam* mudar sua prática constitucional corrente e adotar o modelo da Comunidade Britânica – por proposição parlamentar ou emenda constitucional –, mas, saber se podem ou não colher os benefícios desse modelo sem que o façam.

#### 4.2.3 O impacto do novo modelo sobre as soluções existentes para o problema do *judicial review*

Como vimos, um dos benefícios teóricos óbvios do novo modelo é o de oferecer uma solução direta para os problemas democráticos associados ao controle de constitucionalidade, concedendo ao poder majoritário do governo, não aos tribunais, a palavra final. Uma justificativa apresentada para o controle de constitucionalidade não aborda essa questão, mas, em vez disso, conta com a superioridade normativa percebida na proteção de direitos plenamente constitucionalizada, independentemente de quaisquer custos democráticos ou incongruências.<sup>156</sup> Mas outras tentam encarar o problema de frente, tentando “dissolvê-lo” ao alegar que o controle de constitucionalidade tradicional é congruente com a democracia e o autogoverno popular, podendo até promovê-los. Tais teorias foram interpretadas, é claro, no contexto da escolha polar: ou supremacia judicial ou nada de proteção judicial.

A questão que está agora sendo considerada é a de saber em que medida essas teorias continuam plausíveis diante da nova alternativa de uma função judicial intermediária e menos poderosa. Nesta seção, eu avaliarei as três mais influentes justificativas desse tipo.

A primeira delas é a teoria da “re-aplicação da representação” associada a John Hart Ely<sup>157</sup> e à nota de rodapé número quatro de *Carolene Products*,<sup>158</sup> mas cujas origens podem ser identificadas como remontando, ao menos, à opinião do Juiz Presidente Marshall em *McCulloch v. Maryland*.<sup>159</sup> O argumento é o de que a supremacia judicial não apenas é compatível com a democracia representativa e a soberania popular, mas, na verdade, aprimora ambas quando o seu exercício é limitado ao aperfeiçoamento do processo democrático através da aplicação daqueles direitos que se relacionam com uma participação política plena e igualitária. Estes incluem os direitos ao voto, à liberdade de expressão e à não discriminação.

No contexto especificamente comparativo do novo modelo no qual a estamos considerando, parece haver dois problemas com essa teoria. Primeiro, por mais que se possa interpretar a Constituição dos Estados Unidos como predominantemente portadora de direitos procedimentais de participação democrática, essa não é uma explicação plausível para os direitos fundamentais contidos nas constituições redigidas logo após a Segunda Guerra Mundial e, assim, não pode fornecer uma justificativa para o controle de constitucionalidade

pleno quanto às muitas disposições substantivas que contêm.<sup>160</sup> Segundo, o abismo existente entre a soberania popular e a supremacia legislativa, com o qual essa teoria conta, vai em direção oposta à tradição europeia pelas razões apresentadas acima. De forma particular, embora não exclusiva, o objetivo de se aprimorar os procedimentos democráticos por meio da incapacitação de instituições democráticas parece paradoxal nesse contexto. Em contraposição, as declarações de direitos da Comunidade Britânica protegem *tanto* os direitos procedimentais *quanto* os substantivos, mas de modo que não incapacitam completamente as instituições representativas em nome de seu próprio aperfeiçoamento.

A segunda teoria faz um apelo mais direto ainda ao povo como superior à instituição que alega representá-lo e expressar a soberania popular. Essa teoria minimiza não o exercício do *judicial review*, como acontece em Thayer, mas a concepção daquilo que os juízes que a exercitam estão fazendo. Tendo como fonte as defesas do *judicial review* fornecidas pelo Juiz Presidente Marshall e por Alexander Hamilton,<sup>161</sup> o argumento se pauta na fonte e na autoria democrática da Constituição por *Nós, o Povo* e vê a tarefa dos tribunais como a de simplesmente proteger e aplicar seu texto contra o parlamento, com pouca contribuição independente. Além disso, algumas versões desse argumento prescrevem um método de interpretação constitucional que adere estritamente ao texto que o povo promulgou para limitar o legislativo, ou então à sua intenção original – ou à dos redatores.<sup>162</sup> Bruce Ackerman dinamizou esse venerável argumento ao postular uma função judicial mais complexa de síntese interpretativa de intervenções sucessivas por *Nós, o Povo* ao longo do tempo.<sup>163</sup> Os problemas gerais com essa solução são bastante conhecidos. Primeiro, ela é motivada por justificativa, mais do que por observação, e não descreve de forma plausível o verdadeiro processo de jurisdição constitucional. Mesmo com o texto mais minuciosamente redigido que se possa imaginar, esse processo é necessariamente menos mecânico e concede maior discricção aos tribunais do que a estrutura da solução pareceria permitir.

Tal discricção, embora democraticamente concedida, fica em grave tensão com o princípio do autogoverno popular e enfraquece a ideia de *judicial review* como uma simples estratégia de pré-comprometimento pelo povo soberano.<sup>164</sup> Segundo, dada a petrificação dos direitos fundamentais e a conseqüente dificuldade de emenda, ela dá primazia não à atual soberania popular, mas àquela do passado, sem justificativa adequada. Em contraposição, uma marca de autenticidade da soberania parlamentar tradicional é a teoria de que os legislativos passados não podem vincular os futuros, assegurando que as atuais maiorias gozem da plena soberania de seus predecessores. Novamente, no contexto comparativo, existe o problema adicional de que essa solução tem como premissa a concepção norte-americana de parlamento como desprovido de uma conexão distintiva com o povo e a soberania popular.<sup>165</sup> Isso empresta uma plausibilidade democrática à reivindicação de que os tribunais são os verdadeiros guardiões da soberania popular, possibilidade essa que não se encontraria em qualquer outro lugar. Em resumo, ela deixa de levar o parlamento a sério o suficiente como manifestação institucional da soberania popular.

Ao colocar esses problemas gerais para um lado, a teoria em si, como outras examinadas, foi composta no contexto da escolha bipolar: ou controle de constitucionalidade tradicional ou supremacia legislativa plena. O desafio que o novo modelo da Comunidade Britânica coloca é o de saber se os limites que ele cria para o poder judicial podem harmonizar-se melhor com a estrutura subjacente do apelo que faz à soberania popular. Em outras palavras, pode o papel do judiciário em tutelar direitos fundamentais ser um freio mais apropriado sobre o parlamento, em vez de sobrepujá-lo, forçando-o a pensar em termos sérios e com base em princípios antes de exercer o seu poder da última palavra? O abismo apontado entre a soberania popular e a legislativa pode ser preenchido com informação e responsabilidade eleitoral. O papel dos tribunais torna-se o de alertar plenamente o povo, chamando sua atenção para leis potencialmente inconstitucionais, de modo que o legislativo possa responder de modo pleno por elas.

Finalmente, existe a justificativa para a escolha do modelo norte-americano associada a Alexander Bickel.<sup>166</sup> Esta destaca a divisão de função e as habilidades relativas dos tribunais e dos parlamentos de modo que a necessária discussão dos princípios gerais é melhor empreendida por aqueles, pois somente os tribunais têm a independência, o tempo e a motivação para tanto. Contudo, da perspectiva thayeriana, mesmo se verdadeira, essa capacidade judicial para discutir elevados princípios não é uma variável puramente independente, mas, ao menos em parte, é um produto do próprio *judicial review*. Ela assume a consequência do *judicial review* como uma justificativa para ela.

Uma das vantagens potenciais mais importantes das declarações de direitos híbridas é a de que elas tentam transcender qualquer divisão de função ao criar fortes incentivos para que os legislativos passem a se envolver com modos constitucionais de discussão. Assim, no Canadá, os parlamentos devem decidir se vão exercitar o poder anulatório; na Nova Zelândia, se vão fazer com que uma lei seja impossível de ser interpretada de maneira congruente com direito relevante e no Reino Unido, como responder a uma declaração de incompatibilidade. Nesse sentido, o argumento de Bickel pode promover avanços: os parlamentos podem não proceder de acordo com princípios em grande parte porque eles não têm a responsabilidade da última palavra.

#### 4.3 QUAL DAS TRÊS VERSÕES DO MODELO DA COMUNIDADE BRITÂNICA TEM MAIOR PROBABILIDADE DE PROPORCIONAR SEUS BENEFÍCIOS DISTINTIVOS?

Como o *continuum* esboçado acima deixa claro, embora as declarações de direitos em todos os três países da Comunidade Britânica exemplifiquem o novo modelo para equilibrar as reivindicações de soberania parlamentar e as de tutela dos direitos fundamentais, mais do que optar por uma delas, cada uma das declarações alcança o equilíbrio entre as duas posições de forma diferente. Assim, embora cada uma preserve o elemento fundamental da soberania

parlamentar enquanto protege direitos fundamentais, cada declaração dá um peso diferente para um dos dois valores. A respeito dos direitos, todas concedem maior proteção aos direitos fundamentais do que o país o fazia anteriormente, variando da proteção jurídica mais forte no Canadá, passando por uma proteção menor no Reino Unido, até a mais fraca na Nova Zelândia. De maneira contrária, em termos de reduzir o problema democrático associado a esse dado nível de proteção aos direitos, cada país prescreve que a decisão final sobre o que é a lei pode ser tomada pelo legislativo, mas a maneira pela qual ela o pode fazer significa que a Nova Zelândia é o país que mais reduz o problema, em seguida o Reino Unido e o Canadá é aquele que menos o faz. Dito de outra maneira, formalmente, o Canadá parece se afastar mais da soberania parlamentar absoluta e cria os maiores custos políticos para o parlamento que busca exercer seu poder de anular direitos, o Reino Unido vem em seguida e, por último, a Nova Zelândia. Qual desses três representa a versão mais forte da nova solução híbrida? Qual tem maior probabilidade de proporcionar seus benefícios?

Deixe-me colocar duas questões entre parênteses. Primeiro, assim como acontece com os méritos do novo modelo como um todo, a resposta geral pode, para muitos, depender em última instância de um maior comprometimento normativo para com um dos dois valores. Assim, se a tutela judicial tradicional de direitos fundamentais for considerada mais importante do que quaisquer custos democráticos que acarreta, então o exemplo canadense parecerá *a priori* mais atrativo do que os outros dois e o modelo norte-americano, mais atrativo do que o do Canadá. Segundo, o equilíbrio formal e jurídico contido nas diversas declarações de direitos pode não ser a variável mais importante para decidir se o equilíbrio entre os dois valores foi alcançado na prática e em que quantidade. Como discutido no item 3, por exemplo, as experiências do Canadá e da Nova Zelândia ilustram claramente o fato de que o contexto, a cultura jurídica e política e a contingência histórica desempenham também, cada um, o seu papel. Assim, as juridicamente semelhantes DDGC e LDDNZ alcançaram resultados bastante diferentes na prática em termos de proteção judicial de direitos e o comprometimento pretendido, entre os dois polos que a Seção 33 da Carta se destinava a implementar, ficou neutralizado por convenção constitucional.

Tanto da perspectiva de abordar o problema da debilitação legislativa e popular quanto da de criar o diálogo interinstitucional entre os tribunais e os parlamentos, o método mais favorável para possibilitar que um legislativo tenha a última palavra sobre o que é a lei seria aquele que (a) aumente os custos políticos da violação de direitos forçando o enfrentamento direto e deliberado da questão de princípio envolvida quando ele escolher exercer esse poder, mas que (b) não os aumente a ponto de tornar esse poder impraticável. Infelizmente, tanto a solução canadense da Seção 33 quanto a LDDNZ provavelmente deixam a desejar quanto ao primeiro ponto.

A respeito do Canadá, o primeiro requisito indica que a anulação legislativa não deveria ser utilizada rotineiramente ou de modo muito direto, do contrário, ela deixaria de provocar a elevada conscientização desejada. A decisão em *Ford* permitindo tanto anulações *omnibus* quanto padrão faz exatamente isso. É claro, *Ford* poderia ter sido decidido de maneira dife-



rente,<sup>167</sup> mas mesmo se o argumento de especificidade máxima tivesse sido aceito de modo que (i) cada lei devesse conter sua própria disposição anulatória e (ii) tal disposição devesse expressar em palavras quais direitos específicos estão sendo anulados e como, isso ainda permitiria anulações preventivas (o que não constituía questão no caso).

Pode-se argumentar que mesmo tais anulações não conseguiriam ainda aumentar suficientemente os custos políticos. A natureza inerentemente hipotética de violações futuras de direitos conforme uma lei imunizada pode não concentrar tão adequadamente as atenções quanto as violações concretas reais após julgadas por um tribunal. Anulações preventivas, assim, privam o debate legislativo e popular da valiosa participação de um ponto de vista judicial bem refletido sobre a questão relevante.

De acordo com a LDDNZ, ou prevalecem os direitos fundamentais em conformidade com o dever interpretativo dos tribunais, ou os tribunais consideram que uma lei (anterior ou subsequente) não pode ser interpretada de modo congruente com os direitos, caso em que prevalece a lei. Juridicamente, a soberania parlamentar tradicional é fortemente protegida. Os tribunais não têm poder para questionar leis que decorram de proposição parlamentar e mesmo leis anteriores consideradas em conflito com a declaração de direitos sobreviverão e não serão tacitamente revogadas por aquela. Institucionalmente, contudo, Andrew Butler argumentou que um grande problema com a LDDNZ é que ela concede responsabilidade máxima aos tribunais para proteger *tanto* os direitos fundamentais *quanto* a soberania parlamentar.<sup>168</sup> De acordo com Butler, isso se dá porque a única questão em tela diz respeito à interpretação da lei e os tribunais são os intérpretes finais da lei. Nesse contexto, eles devem resolver as reivindicações rivais de direitos fundamentais e de soberania parlamentar por si próprios, sem que possam contar com o parlamento exercendo sua própria reivindicação de soberania através de um mecanismo especial como no Canadá e no Reino Unido. Além disso, argumenta ele, mesmo quando o legislativo promulga uma medida a despeito de uma declaração de incongruência pelo Procurador-Geral em consonância com a Seção 7, esta também está, em última instância, sujeita à interpretação do tribunal, e pode bem haver razões plausíveis para não se considerar que exista conflito.<sup>169</sup>

Se existe um problema com a LDDNZ em termos de colher todos os benefícios do novo modelo, não estou convencido de que isso se dê porque o legislativo pode sempre responder a uma interpretação de um tribunal que a desagrade e emendar a lei relevante de maneira a fazer com que sua intenção sobrepuje um direito não controvertível e à prova de interpretação. De fato, como discutido acima, esse cenário parece exemplificar o método distintivo pelo qual declarações de direitos interpretativas protegem ambos os valores. O problema parece ser antes o oposto, e é semelhante àquele da anulação canadense na prática: a utilização preventiva pelo parlamento desse poder. Onde o legislativo deixa explícita sua intenção de expulsar um direito no momento de sua promulgação inicial, em vez de valer-se de uma emenda em resposta a uma decisão de um tribunal com a qual discorda, existe a probabilidade de que os custos políticos sejam bem baixos. Assim como acontece com a anulação preventiva no Canadá, o legislativo não será forçado a debater à luz da publicidade criada

por uma decisão judicial contrária<sup>170</sup> e a valiosa participação do ponto de vista do tribunal quanto ao assunto estará ausente. A declaração pelo Procurador Geral em conformidade com a Seção 7, embora útil, pode bem ser insuficiente para esses propósitos.

A LDH trata diretamente desse problema. Ela não permite qualquer uso preventivo de uma anulação legislativa (seja de rotina ou específica), pois as disposições de ordem reparadora apenas entram em jogo de maneira reativa, isto é, após uma declaração judicial de incompatibilidade. Falta ao Parlamento o poder de um legislativo canadense ou neozelandês para imunizar suas ações contra posterior questionamento judicial. Não importa o quão expressamente o Parlamento declare seu desejo de violar um direito da Convenção em uma dada lei, os tribunais continuam a ter o poder de declarar incompatibilidade após sua promulgação. Assim, o Parlamento está sempre sujeito a enfrentar uma declaração desse tipo. Apenas a revogação de um direito específico da Convenção ou da LDH como um todo podem criar a imunidade. Dessa maneira, ele pode assegurar tanto que os custos políticos de uma anulação não sejam muito baixos, quanto que o debate legislativo seja informado pelo ponto de vista judicial.

Embora a LDH pareça, assim, quanto a esse importante aspecto, superior tanto à LDDNZ quanto ao modo como a anulação canadense tem funcionado na prática, é importante notar que ela contém uma regra padrão diferente para o exercício do poder do parlamento de ter a última palavra em resposta a uma decisão de um tribunal. Enquanto o uso da anulação (no Canadá) ou do poder de emendar uma lei por meio de direitos expressamente sobrepujantes (na Nova Zelândia) exigem ação afirmativa por parte do legislativo, segundo a LDH uma lei declarada incompatível com um direito da Convenção permanece válida a menos que emendada ou revogada pelo Parlamento. Ainda é, novamente, cedo demais para saber com certeza, mas isso pode significar que os custos políticos de uma anulação *reativa* não sejam tão altos quanto no Canadá ou na Nova Zelândia. Em caso positivo, isso, por sua vez, pode ocasionar ou uma segunda vantagem ou uma primeira desvantagem em comparação com as outras duas: debates e diálogos desejáveis sendo provocados com maior frequência, ou a utilização muito fácil da anulação passiva.

## 5 CONCLUSÃO

É lugar comum observar que houve um crescimento tremendo do constitucionalismo no mundo desde 1945. Embora verdadeira, essa afirmação geral corre o risco de deixar de distinguir entre dois avanços bem diferentes que ocorreram. O primeiro é uma mudança *para* o constitucionalismo em muitos países; o segundo, uma mudança *de uma forma de constitucionalismo para outra* em diversos outros países. Essa distinção é em grande parte negligenciada porque, até bem recentemente, esses dois tipos de mudança resultaram na adoção do modelo norte-americano de constitucionalismo e isso, por sua vez, fez aumentar uma tendência tacanha de ver este como o único modelo.

Sem dúvida, dos dois avanços, a mudança para o constitucionalismo foi a mais significativa e comentada. Após 1945, ela abarcou aqueles países que haviam sofrido com o fascismo e com ditaduras militares nos anos do entreguerras, em especial a Alemanha, a Áustria, o Japão, a Itália, a Espanha e Portugal. E desde 1989, espalhou-se até os países da Europa central e oriental recém-liberados da ditadura comunista.

Embora, como discutido, todos esses países tenham adotado os elementos essenciais do modelo norte-americano de constitucionalismo, é um erro pensar que este seja o único modelo disponível. Assim como exemplificado pelo Reino Unido, o Canadá e a Nova Zelândia pré-declarações de direitos, bem como pela França do entreguerras e da Quarta República e as contemporâneas Holanda e Luxemburgo (e também a Dinamarca e a Noruega, na prática), a polarmente oposta supremacia legislativa plena é uma forma igualmente venerável que os sistemas jurídicos e políticos constitucionalistas podem tomar. Isso é válido até quando essa mesma forma jurídica seja aquela dentro da qual governos não constitucionalistas possam também funcionar, embora, com certeza – como a história de muitos países latino-americanos testemunha – a forma jurídica do modelo norte-americano também não constitui garantia da substância.

Dentre os países que aderiram previamente ao modelo de supremacia legislativa de constitucionalismo, alguns, como a Bélgica e a França, mudaram, a partir de 1945, para o polo oposto do modelo norte-americano. Além disso, aqueles países da Europa ocidental que passaram de ditaduras para o constitucionalismo também escolheram esse modelo, em vez de retornar a seus sistemas constitucionalistas gerais de supremacia legislativa pré-ditaduras. Mais recentemente, é claro, o Canadá, a Nova Zelândia e o Reino Unido trocaram esse modelo a fim de assegurar garantias jurídicas mais formais para os direitos individuais. Embora essa mudança crie expectativas e tenha a intenção de lograr consequências importantes no que diz respeito ao desenvolvimento da cultura de direitos, isso também representa uma mudança dentro dos sistemas jurídicos e políticos constitucionalistas, e não uma mudança para um sistema.

Assim como a França e a Bélgica, esses três países da Comunidade Britânica se afastaram, em graus diferentes, do modelo tradicional de supremacia legislativa constitucionalista; porém, diferentemente delas, não adotaram a alternativa do modelo norte-americano. Em vez disso, criaram um novo modelo. Sua novidade está em adicionar uma terceira forma híbrida aos dois modelos anteriores, uma forma que supera a exclusividade mútua entre eles. De modo mais importante, embora conceda aos tribunais o poder de aplicar direitos fundamentais, ele desvincula o controle de constitucionalidade da supremacia judicial ao dar poder aos parlamentos de terem a última palavra.

Esse novo modelo foi feito sob medida para permitir maior tutela jurídica aos direitos dentro de culturas políticas nas quais existe apego substancial à soberania parlamentar por esta ter proporcionado uma longa e amplamente bem-sucedida tradição de democracia constitucionalista. Porém, embora o ímpeto para o novo modelo tenha vindo do polo da supremacia legislativa dentro do espectro, ele aborda de maneiras novas interesses que têm suas raízes no pólo oposto. Como tal, merece observação e exame cuidadosos, tanto por aqueles que se converteram recentemente para o modelo norte-americano quanto para os seus membros fundadores.

## THE NEW COMMONWEALTH MODEL OF CONSTITUTIONALISM

### ABSTRACT

The “new Commonwealth model of constitutionalism” refers to a common general structure or approach underlying the bills of rights introduced in Canada (1982), New Zealand (1990), and the United Kingdom (1998). As a recent and ongoing experiment in constitutional design, the new Commonwealth model may be something new under the sun. It represents a third approach to structuring and institutionalising basic constitutional arrangements that occupies the intermediate ground in between the two traditional and previously mutually exclusive options of legislative and judicial supremacy. It also provides novel, and arguably more optimal, techniques for protecting rights within a democracy through a reallocation of powers between courts and legislatures that brings them into greater balance than under either of these two lopsided existing models. In this way, the new Commonwealth model promises to be to forms of constitutionalism what the mixed economy is to forms of economic organization: a distinct and appealing third way in between two purer but flawed extremes.

**Keywords:** Weak-form Judicial Review. Judicial Supremacy. Democratic Constitutionalism. Legislative Override. UK Human Rights Act.

## EL NUEVO MODELO DE CONSTITUCIONALISMO DE LA COMUNIDAD BRITÁNICA

### RESUMEN

El “nuevo modelo de constitucionalismo de la Comunidad Británica” se refiere a una estructura o abordaje general común subyacente a las cartas de derechos introducidas en Canadá (1982), Nueva Zelandia (1990) y Reino Unido (1998). Como un experimento reciente y continuo en diseño constitucional, el nuevo modelo de la Comunidad Británica puede ser algo inédito. El representa un tercer abordaje a la estructuración e institucionalización de disposiciones constitucionales básicas, que ocupa el punto intermediario entre las dos tradicionales opciones de supremacía legislativa y judicial, que se excluían mutuamente. El también provee técnicas nuevas y, se puede argüir, mejores para proteger derechos adentro de una democracia por medio del traslado de poderes entre cortes y legislaturas, lo que establece un más grande equilibrio que cualquiera de los dos modelos asimétricos. De esa manera, el nuevo modelo de la Comunidad Británica promete ser para los modelos de constitucionalismo lo que la economía mixta es para las formas de organización económica: una tercera vía distinta y atrayente, entre dos extremos más puros, pero defectuosos.

**Palabras-clave:** Control Judicial Flaco de Constitucionalidad (*Weak-form Judicial Review*). Supremacia Judicial. Constitucionalismo Democrático. Anulación Legislativa. Ley de Derechos Humanos de Reino Unido.

- 
- 1 A tradução do presente artigo foi gentilmente cedida pelo Prof. Dr. Luis Moreira, editor da coleção de títulos internacionais da Editora Del Rey (Belo Horizonte). O trabalho foi originalmente publicado na obra “Legitimidade da Jurisdição Constitucional”, organizado por Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira, com tradução de Adauto Villela. Para fins de republicação, a tradução foi revisada por Tércio Aragão Brillhante. A equipe editorial da Revista Opinião Jurídica optou por manter o formato original do artigo no que concerne ao seu sistema de referenciação.
  - 2 Agradeço a Richard Buxbaum, Ken Karst, Grant Nelson, Michael Perry, Seana Shiffrin, David Sklansky, membros do Grupo de Discussão de Direito e Filosofia de Los Angeles, e aos alunos de meu seminário de direito constitucional comparado pelos comentários extremamente úteis a uma versão anterior deste trabalho.
  - 3 Livros de direito constitucional comparado tendem a começar recontando esse avanço como o fornecedor da matéria-prima da disciplina. Veja Mauro Cappelletti e William Cohen, *Direito constitucional comparado: casos e materiais* (e 1979), Capítulo 1: “A história e a expansão contemporânea do *judicial review*” [*Comparative Constitutional Law: Cases and Materials* (1979), Chapter 1: “The History and Contemporary Expansion of Judicial Review”]; Vicki Jackson & Mark Tushnet, *Direito constitucional comparado* [*Comparative Constitutional Law*] v-ix (1999). Veja também, Kommers, “O valor do direito constitucional comparado” [*The Value of Comparative Constitutional Law*], 9 *John Marshall L. Rev.* 685, 686 (1976) (citando o “sucesso relativo dos recém-criados tribunais constitucionais” e “o fenômeno do *judicial review* que se alastra em diversas partes do mundo” como causa do surgimento do direito constitucional comparado como disciplina ministrada nos Estados Unidos); Ackerman, “O surgimento do constitucionalismo mundial” [*The Rise of World Constitutionalism*], 83 *Virginia L. Rev.* 771 (1997) (argumentando que os acadêmicos norte-americanos do direito deveriam contribuir para a análise da “esperança de iluminação em constituições escritas” e dos tribunais constitucionais que estão atualmente surgindo pelo mundo).
  - 4 Para uma breve discussão desses avanços, veja o item 2 *infra*.
  - 5 Esses elementos essenciais foram arrolados pela primeira vez pelo Juiz Presidente John Marshall quando este buscava na Suprema Corte dos Estados Unidos um poder para invalidar legislação que conflitasse com a Constituição, embora tal poder não se encontrasse explícito no texto desta. Marshall apresentou esses argumentos no contexto geral do direito constitucional, mais do que no contexto específico dos direitos fundamentais, mas isso não altera o argumento, uma vez que esses direitos estão incluídos na Constituição. De acordo com Marshall: “Entre essas alternativas não existe meio termo. Ou a Constituição é uma lei superior e suprema, não sujeita a alteração pelos meios ordinários, ou se encontra no mesmo nível das leis ordinárias, e, como qualquer outra lei, pode ser alterada quando o legislativo bem entender”. Visto ser a Constituição de fato lei suprema, os tribunais devem então ter o poder de invalidar leis conflitantes como parte de seu dever ordinário de decidir uma ação ou controvérsia à qual ambas, Constituição e leis, se apliquem. *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 US) 137 (1803), p. 177.
  - 6 Embora a supremacia legislativa e a proteção efetiva de direitos fundamentais sejam, assim, vistas como incompatíveis, no sentido de que a primeira expressa as reivindicações do majoritarismo ilimitado e a segunda, aquelas dos seus limites, elas não formam um sistema binário de tal modo que cada sistema jurídico deva adotar ou uma ou outra. Logo, diversos sistemas jurídicos, tanto do passado quanto do presente, impõem limites jurídicos ao poder legislativo sem proteger diretamente direitos fundamentais. O federalismo e a separação de poderes são os maiores exemplos. Anteriormente às suas ditaduras do entreguerras, a Alemanha e a Áustria instituíram uma forma de controle de constitucionalidade para impor limites de separação de poderes aos diversos poderes do governo. Esse era o projeto original do sistema francês na Quinta República, com o controle de constitucionalidade policiando as fronteiras entre o poder legislativo e o executivo, mais do que protegendo direitos fundamentais. A Austrália possui uma constituição com controle de constitucionalidade do federalismo, mas sem ter uma declaração de direitos. Essa foi, é claro, em certa medida, a forma original da Constituição dos Estados Unidos antes da adoção da Declaração de Direitos e Garantias em 1791 (embora haja uns poucos direitos no corpo do texto da Constituição) e antes da incorporação da

- Declaração de Direitos da Décima Quarta Emenda contra os estados no séc. XX.
- 7 Por “coletivamente menos percebidos”, eu quero dizer principalmente que existe pouca produção acadêmica dentro do direito constitucional comparado atentando para esses avanços como um todo. Há, é claro, uma grande quantidade de estudos, em cada um dos países desse grupo, acerca dos avanços avaliados individualmente, veja as obras citadas na Parte III infra. Dentro dos Estados Unidos, existe alguma discussão sobre os avanços no Canadá. Veja, por exemplo, Mary Ann Glendon, *Conversa de direitos: o empobrecimento do discurso político* [*Rights Talk: The Impoverishment of Political Discourse*] 39 (1991) (a Constituição canadense mostra como “os direitos podem aparecer de forma forte, mas não absoluta”); Michael J. Perry, *A constituição nos tribunais: lei ou política?* [*The Constitution in the Courts: Law or Politics?*] 196-201 (1994) (advogando que se leve em consideração nos Estados Unidos o mecanismo “anulatório” canadense); Tushnet, “Distorção política e debilitação democrática: esclarecimento comparado da dificuldade contramajoritária” [*Policy Distortion and Democratic Debilitation: Comparative Illumination of the Countermajoritarian Difficulty*], 94 Mich. L. Rev. 245 (1995) (a experiência canadense indica que pode não haver alternativa real ao “minimalismo judicial” thayeriano como solução para o problema da debilitação democrática).
  - 8 O termo foi cunhado por Alexander Bickel, *O poder menos perigoso* [*The Least Dangerous Branch*] p. 16 (1962). Para uma discussão dessa questão, veja Parte IV, C infra.
  - 9 Bogdanor, “Devolução: os aspectos constitucionais” [*Devolution: The Constitutional Aspects*], in *Reforma constitucional no Reino Unido: práticas e princípios* [*Constitutional Reform in the United Kingdom: Practices and Principles*] (1998).
  - 10 1998 *Human Rights Act* (c.42). Esta lei entrou em vigor em 1º de outubro de 2000.
  - 11 O Reino Unido tomou parte originalmente da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, um tratado internacional concluído sob os auspícios do Conselho da Europa em 1950. A Convenção contém um conjunto de direitos e liberdades individuais que as partes se comprometeram a não violar e que é aplicado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, com sede em Estrasburgo, na França. O tratado não exige que as partes incorporem os direitos como parte do direito nacional de cada um, embora a maioria o tenha feito, o que significa que os indivíduos desses países podem buscar amparo contra violações desses direitos nos tribunais nacionais sem iniciar uma ação no Tribunal de Estrasburgo. A LDH foi promulgada para incorporar a CEDH ao direito nacional do Reino Unido pela primeira vez.
  - 12 Tushnet rotula esses dois problemas criados pelo *judicial review* de “debilitação democrática” e “deslocamento democrático” respectivamente. Veja Tushnet, n. 5 supra, pp. 246-47.
  - 13 A Constituição dos Estados Unidos foi a primeira constituição escrita moderna e a primeira a ter um *status* efetivo de lei suprema. A explicação para as disposições da Constituição detalhada nos *Jornais Federalistas* destacam a originalidade da tentativa republicana de curar as doenças das antigas repúblicas e de proteger a liberdade através de mecanismos estruturais de freios e contrapesos. Veja também Gordon S. Wood, *A revolução norte-americana: uma história* [*The American Revolution: A History*] pp. 159-62 (2001) (descrevendo a manutenção pela Constituição da soberania no povo, em vez de simplesmente derivá-la dele e depositá-la em uma instituição do governo como “um dos momentos mais criativos na história do pensamento político”).
  - 14 A constituição britânica não é um documento único ou um grupo de documentos, mas, o conjunto global de leis (legisladas e consuetudinárias), regras, princípios, convenções e práticas que, coletivamente, definem a composição, as funções e os interrelacionamentos das instituições do governo e delinham os direitos e as obrigações dos governados.
  - 15 A definição clássica de soberania do Parlamento foi dada por Dicey: “O parlamento... tem o direito de fazer ou desfazer qualquer lei; e, ainda, o de que nenhuma pessoa ou órgão seja reconhecido pela lei da Inglaterra como detentor do direito de anular ou ab-rogar a legislação do Parlamento”. A. V. Dicey, *Introdução ao estudo do direito da Constituição* [*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*] 38 (8th ed., 1920). Dicey descreve a soberania do Parlamento como “a característica dominante de nossas instituições políticas, de um ponto de vista jurídico”. *Id.*, p. xviii.
  - 16 Esses limites implicam que a uns poucos poderes legislativos sejam negados tanto aos governos estaduais quanto ao federal; assim, todos os poderes legislativos restantes estão divididos entre a nação e os Estados no sistema federalista, de acordo com a doutrina dos poderes enumerados. O poder legislativo federal é ainda limitado pela doutrina da separação dos poderes e, a partir de 1791, também pela Declaração de Direitos e Garantias. A Décima Quarta Emenda foi, em última instância, interpretada para incorporar quase todos os

limites contidos na declaração de direitos contra os Estados. É claro, a própria Constituição não contém uma concessão clara do poder do *judicial review* aos tribunais, mas ele foi inferido pelo Juiz Presidente Marshall (e outros) a partir do *status* de lei suprema da Constituição, *status* este (com respeito à legislação federal) sendo uma inferência estrutural a partir de sua natureza escrita. Veja *Marbury v. Madison*, n. 3 supra.

- 17 Constituição dos Estados Unidos, Art. VI, Seção 2, tal como interpretada por *Marbury*, n. 3 supra, para conceder supremacia à Constituição sobre leis conflitantes do Congresso.
- 18 Veja Dicey, n. 13 supra.
- 19 O procedimento é o seguinte: o Congresso propõe emendas por majorias de dois terços de ambas as casas, que devem ser ratificadas por três quartos dos legislativos estaduais (ou pelas convenções em três quartos nos Estados da forma como o Congresso determinar). Alternativamente, o Congresso deve convocar uma convenção constitucional para propor emendas quando dois terços dos legislativos estaduais assim requisitarem, ratificação pelos mesmos três quartos dos parlamentos estaduais (ou convenções estaduais). Constituição dos Estados Unidos, Artigo V. Os professores Bruce Ackerman e Akhil Amar argumentaram em separado que esse procedimento de maioria absoluta não é exaustivo, mas pode ser suplementado por procedimentos mais informais e de populistas. Veja Bruce Ackerman, *Nós o povo: fundamentos* [*We the People: Foundations*] (1991); Amar, *O consentimento dos governados: emenda constitucional fora do artigo V* [*The Consent of the Governed: Constitutional Amendment Outside Article V*] 94 Colum. L. Rev. 457 (1994).
- 20 Em *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*, (1934) 1 KB 590, estava em questão uma lei de 1919 que continha uma disposição determinando que leis posteriores conflitantes “devem deixar de vigorar ou devem não ter efeito...”. Uma lei de 1925 entrou em conflito com a com a lei de 1919, mas o Tribunal de Recursos julgou que a lei de 1919 devia ceder àquela. “O parlamento não pode, de acordo com nossa constituição, vincular-se no que diz respeito à forma da legislação subsequente, e é impossível para o parlamento ordenar que, em uma lei subsequente que trate do mesmo objeto, não possa haver anulação tácita. Se, em uma lei posterior, o parlamento escolher deixar claro que uma lei anterior está sendo anulada até certo ponto, essa intenção deve vigorar apenas porque ela é a vontade do legislativo”.
- 21 Alega-se às vezes que o Congresso tem o poder de responder limitando a jurisdição dos tribunais federais, inclusive a da Suprema Corte, por meio de maioria simples conforme o poder outorgado pelo Artigo III, Seção 2, Cláusula 2. O emprego desse poder ainda não capacitaria o Congresso a derrubar decisões individuais já transmitidas pelos tribunais (as quais, presumivelmente, reteriam seu valor de precedente), a não ser para impedir que categorias específicas de ações fossem admitidas no futuro. Mais importante ainda, “o poder de regular a jurisdição nunca serviu de limite significativo para o poder do *judicial review*”, Tushnet, n. 5 supra, pp. 285-87. Para maiores informações sobre esse assunto, veja nn. 152-54 infra.
- 22 Estou apresentando aqui a concepção britânica tradicional de soberania parlamentar. Esta foi alterada quando o Reino Unido tornou-se membro da União Europeia (UE). De acordo com a lei da UE, esta tem supremacia sobre todas as leis nacionais e os juízes devem garantir essa supremacia fazendo vigorar aquela sempre que haja conflito. Os tribunais britânicos admitiram que essa exigência é derivada da participação na UE, e passou a ser aplicável no Reino Unido com a Lei das Comunidades Europeias [*European Communities Act*] de 1972. Desta maneira, outorga-se tacitamente este poder aos tribunais. Veja *Regina v. Secretary of State for Transport ex parte Factortame Ltd.* (1991) AER 70 (“De acordo com os termos da Lei das Comunidades Europeias de 1972, sempre esteve claro que era dever de um tribunal do Reino Unido... anular qualquer norma do direito nacional considerada conflitante com qualquer norma diretamente aplicável do direito comunitário da UE”). De modo semelhante, interpretou-se que aquela exigência de garantir supremacia à lei da UE invalidasse a teoria da revogação tácita, a qual também seria incompatível com o *status* supremo daquela. O parlamento continua a ter a liberdade de emendar ou revogar a Lei das Comunidades Europeias e existem algumas indicações dos tribunais de que, caso o Parlamento chegue a declarar expressamente que tem a intenção de agir de forma incompatível com a lei da UE, os tribunais obedecerão ao Parlamento, embora isso pareça incongruente com a supremacia plena da lei da EU. Veja *Macarthys Ltd. v. Smith* (1979) 3 AER 325 (“se chegar a acontecer de nosso Parlamento aprovar deliberadamente uma lei com a intenção de repudiar o Tratado ou qualquer disposição deste ou, ainda, de agir intencionalmente de forma incompatível com ele e de afirmar que assim os fez em termos expressos, então eu entenderia que seria dever de nossos tribunais seguir a lei de nosso Parlamento”). A concepção tradicional também foi alterada pela LDH do modo discutido no item 3 infra.

- 23 O Artigo 6 da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 declarou que as leis (*lois*) são a expressão suprema da vontade geral. Interpretou-se que isso significava que as promulgações do Parlamento gozavam de um *status* apropriado à expressão da vontade do soberano. Veja John Bell, *Direito constitucional francês [French Constitutional Law]* 25 (1992).
- 24 Fato de que a forma do poder legislativo legalmente ilimitado seja frequentemente o veículo para regimes ditatoriais e não-constitucionalistas não deveria levar a que se negasse erroneamente que essa é uma forma de constitucionalismo. Em muitos países da América Latina a forma do modelo norte-americano, adotada durante o séc. XIX, foi também veículo para ditaduras. Veja Allen Brewer-Carias, *Controle de Constitucionalidade no direito comparado [Judicial Review in Comparative Law]* 156 (1989). O que esses dois fatos deixam perceber é que o constitucionalismo não pode ser reduzido à forma. No Canadá, na Austrália e na Alemanha, alguma forma de controle de constitucionalidade judicial das fronteiras do federalismo entre os governos centrais e provinciais apareceram antes de 1945, mas não a respeito de direitos individuais.
- 25 Constituição irlandesa, Artigo 34, Seção 3, Cláusula 2: “Salvo se previsto de outra maneira neste Artigo, a jurisdição do Tribunal Superior deve estender-se à questão da validade de qualquer lei que se relacione com as disposições desta Constituição, e nenhuma questão desse tipo deve ser levantada... em qualquer tribunal... que não seja o Tribunal Superior ou a Suprema Corte”.
- 26 A Constituição austríaca não continha declaração de direitos, principalmente devido ao ponto de vista de Hans Kelsen de que os direitos individuais (“normas de direito natural”) eram inapropriados para o controle judicial. Ao discutir o trabalho do Tribunal Constitucional austríaco, Cappelletti e Cohen observaram que “as leis que cerceavam as liberdades individuais permaneceram, praticamente falando, fora do âmbito de controle do Tribunal”. Cappelletti & Cohen, n.1 *supra*, pp. 87.
- 27 Sobre a estrutura e a jurisdição desse tribunal, veja Brewer-Carias, n. 22 *supra*, pp. 225-26.
- 28 A decisão do Reichsgericht de 4 de novembro de 1925 afirmou o controle de constitucionalidade judicial de forma muito clara. Porém, como um comentador descreveu a situação, os tribunais alemães “não [utilizaram o poder] para proteger direitos fundamentais”. Favoreu, “Controle de constitucionalidade na Europa” [*Constitutional Review in Europe*] in *Constitucionalismo e direitos: a influência da Constituição dos Estados Unidos no exterior [Constitutionalism and Rights: The Influence of the United States Constitution Abroad]* (Louis Henkin & Albert Rosenthal eds., 1990). Veja também Brewer-Carias, n. 22 *supra*, p. 204 (“não obstante, a situação do sistema de controle de constitucionalidade [na Alemanha] até 1933 não era tão completamente clara, de modo que o controle de constitucionalidade de leis federais por todos os tribunais nem sempre foi aceita e era frequentemente criticada”).
- 29 Na França, o Conselho Constitucional exercita o controle de constitucionalidade com respeito aos direitos individuais desde 1971 somente, quando interpretou que o preâmbulo da Constituição de 1959 incorporava tanto a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 quanto os direitos contidos no preâmbulo da Constituição de 1946 da Quarta República. Decisão do CC no. 71-44 DC de 16 de julho de 1971. O Conselho, que é menos um tribunal do que um órgão independente nomeado pelas instituições políticas, exercita apenas um controle *a priori*. Isto é, ele pode revisar leis para determinar se há compatibilidade com a Constituição apenas antes que elas sejam oficialmente promulgadas pelo Presidente. Veja n. 43 *infra*.
- 30 O Artigo 120 da Constituição holandesa declara que: “A constitucionalidade das leis do Parlamento não deve ser revista pelos tribunais”.
- 31 Veja Husa, “Constitucionalidade dos países nórdicos” [*Constitutionality in Nordic Countries*], 48 *Am. J. of Comp. L.* 345, 365 (2000): a Seção 106 da Lei Básica de 2000 “possibilita controle limitado da constitucionalidade das leis nos tribunais; rejeição para aplicar a disposição da lei (*sic*), onde a aplicação da provisão da lei resultaria em clara controvérsia com a Constituição em geral e com a Lei Básica em particular. O tribunal pode, assim, dar prioridade à regulamentação da Lei Básica”. Esta é uma inovação da Finlândia e complementa o controle existente conduzido por um comitê legislativo antes da promulgação.
- 32 O controle de constitucionalidade judicial quase nunca foi utilizado. Sobre os quatro países nórdicos, veja *id.*
- 33 A Polônia foi o único país do antigo bloco soviético a possuir um tribunal constitucional, o qual foi instituído em 1986 com poderes muito limitados para tentar prevenir a oposição ao regime. Após a queda dos comunistas, os poderes referentes ao controle de constitucionalidade dos tribunais foram aumentados. Até



- 1997, o parlamento podia anular, com uma maioria de dois terços, uma decisão do tribunal que invalidasse uma lei, mas esse poder de anulação foi abolido na Constituição de 1997.
- 34 Para uma análise de suas disposições, veja Henckaerts and van der Jenght, “Proteção dos direitos humanos conforme as novas constituições da Europa central” [*Human Rights Protection under the New Constitutions of Central Europe*], 20 *Loyola Int. and Comp. L. J.* 475 (1998); Ludwikowski, “Direitos constitucionais fundamentais nas novas constituições da Europa oriental e central” [*Fundamental Constitutional Rights in the New Constitutions of Eastern and Central Europe*], 3 *Cardozo J. Int'l. & Comp. L.* 73 (1995).
- 35 Veja Alston, “Uma estrutura para a análise comparativa de declarações de direitos” [*A Framework for the Comparative Analysis of Bills of Rights*] in *A promoção dos direitos humanos através das declarações de direitos: perspectivas comparadas* [*Promoting Human Rights Through Bills of Rights: Comparative Perspectives*] 1-2 (Philip Alston ed., 1999).
- 36 Veja, e.g., *DeShaney v. Wisconsin, Winnebago County Dep't of Social Services*, 489 U.S. 189 (1989) para uma bem conhecida afirmação dessa posição pela Suprema Corte. Veja também *Jackson v. City of Joliet*, 715 F. 2d 1200, 1206 (7th Cir.) (1983) (“Nossa Constituição é uma Carta de liberdades negativas, mais do que de liberdades positivas... Os homens que redigiram a Declaração de Direitos e Garantias não estavam preocupados com a possibilidade de que o governo fizesse pouco pelo povo, mas que ele fizesse muito com o povo”. Posner, J). Veja também, Currie, “Direitos constitucionais positivos e negativos” [*Positive and Negative Constitutional Rights*] 53 *U. Chi. L. Rev.* 864 (1986).
- 37 Dois exemplos são a Hungria, onde o Tribunal Constitucional declarou em diversas ocasiões que o Parlamento agiu inconstitucionalmente por omissão (veja “Revolução” [*Refolution*] 12 *Am. U.J.Int'l L. & Pol'y* 87, 96 (1997), e a Alemanha. Em seu primeiro julgamento de aborto, o Tribunal Constitucional alemão decidiu que as disposições constitucionais protegendo a dignidade humana e o direito à vida exigiam que o parlamento criminalizasse o aborto (em seu segundo julgamento, o Tribunal julgou que o aborto não precisaria mais ser criminalizado, mas que deveria ainda ser considerado ilegal). Primeira Decisão Judicial sobre Aborto, 39 *BVerfGE* 1 (1975). De maneira semelhante, julgou-se que a garantia de liberdade de difusão televisiva que consta do Artigo 5(1) exigem que o Estado institua uma estrutura jurídica na qual todos os interesses significativos possam se fazer ouvir. Ação de Televisão 1, 12 *BVerfGE* 205 (1961).
- 38 Isso pode ser conseguido diretamente, com a criação de uma ação de responsabilidade civil constitucional, como na Irlanda (veja *Hosford v. John Murphy & Sons* (1987) I.R. 621) e na África do Sul, ou indiretamente, como na Alemanha, ao exigir-se que o direito privado seja interpretado à luz da Constituição (o assim chamado *Drittwirkung*, ou efeito recíproco, da Lei Básica sobre o direito civil).
- 39 Por exemplo, diferentemente da Constituição dos Estados Unidos, todas as três declarações de direitos examinadas neste artigo contêm, de modo expresso, limites permissíveis sobre esses direitos. Veja n. 136 infra.
- 40 Pois o primeiro tribunal constitucional da Europa, o austríaco, que permaneceu em atividade entre 1920 e 1933, era desse tipo.
- 41 Em grande parte, essa diferença depende de se concordar ou discordar com o argumento de Marshall de que o *judicial review* faz parte da função judicial decisória ordinária. Veja *Marbury v. Madison*, n. 3 supra. Caso se aceite essa caracterização, segue-se que, uma vez que todos os tribunais exercitam a função judicial ordinária, eles deveriam também ter o poder do *judicial review*. Os sistemas europeus tendem a ver o controle de constitucionalidade como uma função mais política e extraordinária, logo, menos apropriada aos tribunais comuns. Para outras razões jurídicas, institucionais e culturais que explicam a escolha do sistema centralizado na Europa, veja Cappelletti & Cohen, n. 1 supra, pp. 73-83.
- 42 Veja id. pp. 84-95.
- 43 Por exemplo, Canadá, Alemanha, Itália Espanha e Portugal permitem tanto o controle abstrato quanto o concreto; a França permite somente o controle abstrato.
- 44 Por exemplo, na Alemanha o limite temporal para que instituições políticas busquem o controle abstrato de uma lei é de trinta dias. A Espanha mudou do controle *a priori* para o controle *a posteriori* em 1985.
- 45 Atualmente, a Áustria, França, Itália e Bélgica não permitem votos de dissentimento de seus tribunais constitucionais. A tendência permissiva é talvez explicável por uma percepção de que, à medida que a legitimidade geral dos tribunais cresce, as preocupações quanto à autoridade e a objetividade diminuem. Não se deve esquecer que o Juiz Presidente Marshall impôs uma pressuposição forte de unanimidade a seus colegas nos primórdios da Suprema Corte dos Estados Unidos.

- 46 Peter W. Hogg, *Direito Constitucional do Canadá [Constitutional Law of Canada]* 429, n. 74 (1977).
- 47 Declaração de Direitos e Garantias Canadense, S.C. 1960, c. 44, Seção 2.
- 48 *Id.*, Seção 1.
- 49 *R v. Drybones* (1970) 3 C.C.C. 355. Com uma maioria de cinco a quatro, o tribunal julgou que tinha poder para declarar “inoperante” uma lei que, na ausência de anulação parlamentar expressa, não podia ser interpretada de forma congruente com um direito protegido. A Seção 94 da Lei dos Índios de 1952, que tornava crime para os índios apresentarem-se embriagados fora da reserva, foi julgada inoperante por conflitar com uma disposição da DDGC contendo o direito de igualdade perante a lei, uma vez que não-índios não estavam sujeitos a proibição semelhante. Os quatro juízes que dissentiram argumentaram que, se a intenção do parlamento fosse a de conceder esse novo poder, ele o teria feito expressamente.
- 50 Veja, por exemplo, Tarnopolsky, “O contexto histórico e constitucional da Carta Canadense de Direitos e Liberdades proposta” [“*The Historical and Constitutional Context of the Proposed Canadian Charter of Rights and Freedoms*”], 44 *Law & Contemp. Problems* 169 (1981) (descrevendo fraquezas da DDGC).
- 51 O termo foi cunhado por Tarnopolsky, veja *id.* A redação da Seção 1 que deu origem a essa interpretação de “conceitos congelados” foi a seguinte: “Fica assim declarado que no Canadá existiam e continuarão a existir... os seguintes direitos humanos e liberdades fundamentais...”. A redação “existiam” foi interpretada por esses juízes como significando que as leis existentes quando da declaração de direitos expressavam e determinavam o conteúdo dos direitos, querendo, assim, dizer que não poderiam estar violando quaisquer dos direitos.
- 52 Veja parecer de dissentimento de Pigeon, J em *Drybones*.
- 53 A DDGC, contudo, permanece em vigor e não foi revogada pela Carta.
- 54 Carta, Seção 15: “Todo indivíduo é igual perante a lei e tem direito à proteção igualitária e ao benefício da lei sem discriminação e, especialmente, sem discriminação baseada em raça, nacionalidade ou etnia, cor, religião, sexo, idade ou a incapacidade física ou mental”.
- 55 Esta declarava que “Nenhuma lei do Parlamento do Reino Unido aprovada após a entrada em vigor da Lei da Constituição de 1982 estender-se-á ao Canadá como parte de seu direito”. Lei do Canadá, 1982, Seção 2.
- 56 Veja, por exemplo, Weiler, “Direitos e juízes em uma democracia: a nova versão canadense” [“*Rights and Judges in a Democracy: A New Canadian Version*”], 18 *U. Mich. J. L. Ref.* 51 (1984), pp. 64-65. Embora a Suprema Corte canadense tenha julgado, em um parecer consultivo pleiteado por Trudeau em meio à crise constitucional, que, legalmente, o consentimento das províncias não era necessário para que o governo federal prosseguisse com o projeto de nacionalização (da Lei da América do Norte Britânica, em inglês: *patriation*), ela também declarou a que a convenção constitucional exigia tal acordo, mas sem especificar quantas províncias deveriam concordar. No final, Quebec foi a única província a não consentir com a solução conciliatória. Sobre o processo de Referência de Nacionalização [*Patriation Reference case*], veja Edward McWhinney, Canadá e a Constituição, 1979-1982: nacionalização e a Carta de Direitos [*Canada and the Constitution, 1979-1982: Patriation and the Charter of Rights*] 80-89 (1982).
- 57 Para o texto e a discussão da Seção 33, veja n. 61 *infra*.
- 58 O fato que os líderes políticos viam a Seção 33 como uma solução conciliatória dessa natureza não quer dizer que não existissem aqueles que a entendiam, de modo independente e intrinsecamente justificado, como estruturadora do sistema ótimo de proteção de direitos para o Canadá, tanto à época quanto posteriormente. Paul Weiler foi um dos arquitetos acadêmicos da Seção 33. Veja Weiler, “Dos juízes e dos direitos, ou, deveria o Canadá ter uma Declaração de Direitos constitucional?” [“*Of Judges and Rights, Or Should Canada Have a Constitutional Bill of Rights?*”], 1980 *Dalhousie Rev.* 205 (propondo a anulação legislativa de direitos constitucionais como a solução distintivamente canadense para o problema dos juízes e dos direitos em uma democracia). Veja também, Brian Slattery, Uma teoria da Carta [*A Theory of the Charter*] (1987); Weinrib, “Convivendo com a anulação” [“*Living with the Override*”] 35 *McGill L. J.* 541 (1990). Veja Weiler, n. 55 *supra*, n. 97.
- 59 Veja Weiler, n.55 *supra*, p. 97.
- 60 O procedimento geral de emenda está contido na Seção 38 (1): “Uma emenda à Constituição do Canadá deve ser feita por proclamação emitida pelo Governador Geral conforme autorização máxima do Canadá concedida através de (a) resoluções do Senado e da Câmara dos Deputados e (b) resoluções das Assembleias Legislativas de pelo menos dois terços das províncias que tenham, em conjunto e de acordo como o mais

recente recenseamento geral, ao menos 50% da população de todas as províncias”.

- 61 Assim como o citado acima, a Seção 52 declara que “qualquer lei que apresente incongruências com as disposições da Constituição não tem, quanto a tais incongruências, qualquer efeito”. A Seção 24(1) da Carta declara que: “Qualquer indivíduo cujos direitos e liberdades, tal como garantidos por esta Carta, tenham sido infringidos ou negados pode recorrer a um tribunal de jurisdição competente para obter o remédio que o tribunal considere apropriado e justo conforme as circunstâncias”.
- 62 Veja Bayard W. Reesor, A Constituição canadense em perspectiva histórica [*The Canadian Constitution in Historical Perspective*] 403 (1992).
- 63 A Seção 33 também permite anulações preventivas; isto é, a imunização de disposições legislativas contra o *judicial review* de acordo com a Carta. Veja n. 72-73 *infra*.
- 64 Seção 33(3): Uma declaração feita de acordo com a subseção (1) deixará de ter efeitos cinco anos após sua entrada em vigor ou em data anterior que possa ser especificada na declaração. Seção 33(4): O Parlamento ou um legislativo de uma província pode promulgar novamente uma declaração feita em conformidade com a subseção (1).
- 65 Veja Weiler, n. 57 *supra*, pp. 46-47; veja também Weinrib, Slattery, n. 57 *supra*.
- 66 Veja Weiler, n. 55 *supra*, pp. 81-82: “Em uma sociedade suficientemente enamorada pelos direitos fundamentais ao ponto de consagrá-los em sua constituição, a evocação da expressão *non obstante* (não obstante) é garantia de oposição política ferrenha”.
- 67 Para explicações mais detalhadas de como as coisas aconteceram, veja Weinrib, n. 57 *supra*; Tushnet, n. 5 *supra*, pp. 287-92.
- 68 Veja n. 55 *supra*.
- 69 Lei respeitando da Lei da Constituição de 1982, S.Q. 1982, c.21.
- 70 Veja Weinrib, n. 57 *supra*, n. 7.
- 71 A Carta entrou em vigor em 17 de abril de 1982 e o projeto de Québec foi promulgado em 23 de junho de 1982. A anulação foi para retroativa a 17 de abril.
- 72 *Ford v. Québec*, (1988) 2 S.C.R. 712, 54 D.L.R. (4th) 577. Houve duas objeções ao argumento de que a utilização pelo Quebec da anulação padrão violava o requisito de especificidade. Primeira, apenas uma disposição da Carta pode ser anulada por lei (“não obstante *uma* disposição... desta Carta”) (ênfase adicionada). Segunda, a anulação deve especificar em palavras qual o direito da Carta está sendo anulado, a simples referência aos números de seções da Carta é insuficiente (“a lei... aplicará não obstante *uma* disposição incluída nas Seção 2 ou nas Seções 7 a 15 desta Carta”) (ênfase adicionada). Palavras, não números, são necessárias para deixar mais claro para os eleitores o que o legislativo está propondo. O argumento textual contra a utilização *omnibus* da anulação vai no sentido de que a cláusula afirma que o legislativo pode declarar “em *uma* lei... que a lei... vigorará não obstante...” (ênfase adicionada). O tribunal, em *Ford*, rejeitou todos os três argumentos.
- 73 A Corte julgou que “A Seção 33 estabelece requisitos de forma apenas, e não há autorização para que se importe para ela fundamentação para o controle substantivo da política legislativa ao se exercer a autoridade de anulação em um processo específico”. *Ford*, p. 740-741. O requisito formal é o de uma declaração expressa apenas, e mesmo o uso de números ao invés de palavras e a utilização *omnibus* da anulação estavam suficientemente expressos. Um controle de constitucionalidade mais substancial do que esse exigiria que a Corte ultrapassasse a forma e revisasse a justificativa para o seu uso. Para uma crítica poderosa da decisão, veja Weinrib, *supra* n. 57, pp. 553-59.
- 74 O argumento textual a favor do uso da anulação apenas em resposta a uma decisão de inconstitucionalidade do tribunal, e não preventivamente, é o de que, se assim não for, a disposição legislativa não vigora “não obstante” outras disposições da Carta. Na ausência de uma declaração *a priori* de inconstitucionalidade, presume-se que o parlamento suponha que suas leis sejam congruentes com a Carta. Veja Tushnet, n. 5 *supra*, pp. 279-80 (citando Perry, n. 5 *supra*, pp. 199-201, Slattery, n. 57 *supra*, pp. 742; Weiler, n. 55 *supra*, pp. 90, n. 114).
- Ao julgar válido o uso preventivo da anulação, o tribunal de *Ford* não proibiu o uso em resposta a uma decisão do tribunal, embora haja indicações de que o impedimento ao efeito retroativo de uma anulação impossibilita de forma significativa que os legislativos revertam decisões judiciais adversas. Veja Butler, “O debate sobre a Declaração de Direitos: por que a Lei da Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990 é um mau modelo para a Grã-Bretanha?” [*“The Bill of Rights Debate: Why the New Zealand Bill of Rights Act 1990 is a Bad Model for Britain”*] 17 Ox J. Leg. St. 323 (1997). A utilização posterior da anulação, contudo,

- pareceria assegurar que uma lei invalidada possa ser aplicada a partir da data da anulação não obstante a decisão judicial. Apenas a reforma de um resultado individual de um processo parece ter sido rejeitada.
- 75 Veja Tushnet, n. 5 supra, n. 203, fazendo menção a uma conversa na qual Bruce Ackerman chamou a atenção para esse fato. Veja também Weinrib, n. 57 supra, p. 557 (sugerindo que o tribunal de *Ford* entendeu mal o sistema alterado que foi introduzido pela Carta).
- 76 Veja Andrew Heard, Convenções constitucionais canadenses: o casamento da lei com política [*Canadian Constitutional Conventions: The Marriage of Law and Politics*] 147 (1991). Essas convenções parecem ter surgido, em parte, também como resultado da resposta do Quebec para aquela parte da decisão em *Ford* que invalidou a lei relativa ao uso exclusivo da língua francesa em letrados, por violar a Seção 3 da própria Carta de Direitos do Quebec. Após *Ford*, o Quebec renovou a anulação de sua Carta, a qual expiraria em alguns meses. Heard, entre outros, atribui o colapso do Acordo de Meech Lake reconhecendo o *status* de “sociedade separada” do Quebec a essa renovação da anulação.
- 77 *Saskatchewan v. Retail, Wholesale & Dep’t Store Union*, [1987] 1 S.C.R. 460 (Can). O projeto de lei 144 de Saskatchewan, de janeiro de 1986, que forçava o sindicato a voltar ao trabalho e ditava os termos do novo acordo coletivo, continha uma cláusula isentando-o da Carta. Isso foi considerado necessário em virtude de uma decisão do Tribunal de Recursos de Saskatchewan de 1984 que revogava legislação similar com o fundamento de que ela infringia a liberdade de associação tal como garantida na Carta. Veja Lesson, “Seção 33, a cláusula não obstante: um tigre de papel” [“Section 33, the Notwithstanding Clause: A Paper Tiger”] 6 Choices IRPP 3 -20 (2000).
- 78 É claro, mesmo com *Ford*, é possível que os parlamentos adotem a norma de que a anulação deveria ser usada apenas em resposta a decisões da Suprema Corte. Veja, por exemplo, o Editorial, na *Crim. L. Q.* 42, 1 (1999), advogando essa posição. A norma existente, contudo, parece ter uso apenas ocasional e preventivo no Québec e estar em completo desuso em todos os outros lugares. Peter Hogg argumentou que, mesmo com a convenção contra o uso da anulação, o regime da nova Carta, na verdade, inaugurou o tão esperado diálogo entre os tribunais e os parlamentos, no sentido de que a maioria das leis revogadas pelos tribunais foram novamente promulgadas pelos legislativos com as devidas modificações. Hogg, *A revolução da Carta: ela é não-democrática?* [“*The Charter Revolution: is it Undemocratic?*”] Conferência de McDonald sobre Estudos Constitucionais [*The McDonald Lecture in Constitutional Studies*], proferida na Universidade de Alberta em 22 de março de 2001 (cópia arquivada na Revista Norte-Americana de Direito Comparado [*Am. J. Comp. L.*]). Essa é uma observação interessante e, de fato, reflete uma diferença em relação à prática estadunidense; mas eu não acredito que esse seja exatamente o diálogo que os proponentes do novo modelo tinham em mente.
- 79 Para detalhes dessa história, veja Rishworth, O nascimento e o renascimento da Declaração de direitos [“*The Birth and Rebirth of the Bill of Rights*”] in Grant Huscroft & Paul Rishworth, *Direitos e liberdades na Lei da Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990 e o Direito Humano* [*Rights and Freedoms in the New Zealand Bill of Rights Act 1990 and the Human Right*] (1995); Geoffrey Palmer, *A Constituição da Nova Zelândia em crise: reformulando nosso sistema político* [*New Zealand’s Constitution in Crisis: Reforming Our Political System*] (1993); Joseph, “A Declaração de Direitos da Nova Zelândia” [“*The New Zealand Bill of Rihts*”], 7 *Pub. L. Rev.* 162 (1996).
- 80 “Nenhum tribunal deverá, em relação a qualquer lei (tenha sido esta aprovada ou promulgadas antes ou após a entrada em vigor da Declaração de Direitos): (a) julgar qualquer disposição da lei como tacitamente anulada ou revogada, ou de alguma forma inválida ou ineficaz ou (b) negar-se a aplicar qualquer disposição dessa lei com o único fundamento de que a disposição é incompatível com qualquer disposição desta Declaração de Direitos”. Lei de Declaração de Direitos da Nova Zelândia de 1990, Seção 4.
- 81 Obviamente, esse custo político é imposto ao legislativo apenas a respeito de leis incompatíveis promulgadas após a LDDNZ, não antes, mesmo que o dever jurídico dos tribunais se aplique a ambas.
- 82 A congruência entre as Seções 4 e 6, bem como a prioridade relativa entre elas, tem sido uma fonte constante de confusão da Nova Zelândia. Isso faz parte do assim chamado “problema 4-5-6”, veja n. 87 infra.
- 83 Veja nn. 47-52 supra.
- 84 Este é menos controverso no sentido de que a teoria da anulação tácita, de acordo com a qual uma lei anterior é tacitamente anulada por uma posterior naquilo em que conflitem, é uma característica típica da soberania do parlamento nos sistemas jurídicos da Comunidade Britânica. Algumas opiniões não vinculantes dos juízes em *Drybones*, e em alguns outros processos posteriores, indicavam que o poder de invalidação se estendia também a leis incompatíveis subsequentes.
- 85 De fato, esse foi o fundamento lógico da maioria em *Drybones*, veja n. 48 supra, se bem que no contexto de

- uma lei anterior. A redação da disposição anulatória expressava a intenção do parlamento de que, ausente uma declaração desse tipo, o direito deveria prevalecer.
- 86 Embora a Suprema Corte canadense não tenha tomado isso de forma literal. A decisão majoritária em *Drybones* tinha como premissa a incompatibilidade da Seção 94 da Lei dos Índios de 1952 com a garantia de igualdade perante a lei da DDGC.
- 87 Veja Rishworth & Joseph, n. 78 supra. Veja também Taggart, “Puxando a capa do super-homem” [“*Tugging on Superman’s Cape*”] in *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles* (cf. n. 7 supra) 85-97 (1998).
- 88 O problema é saber qual sequência ou metodologia um tribunal deveria usar ao decidir ações em conformidade com a LDDNZ, dadas as aparentes incongruências entre a Seção 4 (os tribunais não têm poder para invalidar leis conflitantes e expulsar a regra da anulação tácita), a Seção 5 (“limitações justificadas aos direitos”) e a Seção 6 (dever interpretativo dos tribunais).
- 89 Veja e.g., Butler, n. 73 supra (argumentando, *inter alia*, que a escolha judicial quanto a dar prioridade à Seção 4 ou à Seção 6 é, efetivamente, uma escolha subjetiva, levando a significativa incerteza jurídica).
- 90 Veja *R v. Butcher* (1992) NZLR 257, 264 -65 (Cooke P) e 269 (Gault J); *R v. Te Kira* (1993) 3 NZLR 257, 261 (Cooke P) e 277 (Thomas J). Este último ponto se opõe diretamente aos argumentos apresentados por alguns juízes canadenses. Veja o parecer de dissidência de Pigeon, J em *Drybones* (“Eu também não consegui ver como se pode dizer que ler a Seção 2 como pouco mais do que uma regra de interpretação é deixar de dar efeito à Declaração. Com base em quê se presume que qualquer outra coisa foi em intencionada em uma lei que não têm caráter constitucional?”). Id. pp. 40-41.
- 91 Este é o termo usado pelos comentaristas da Nova Zelândia, veja n. 78 supra.
- 92 *R v. Kirifi* (1992) 2 NZLR 8.
- 93 *Simpson v. Attorney-General* (o caso de Baigent), (1994) 3 NZLR 667.
- 94 *Ministry of Transport v. Noort* (1992) 3 NZLR 260, 272 (Cooke P).
- 95 A mudança na cultura neozelandesa em direção à jurisprudência centrada em direitos é um tema comum de muitas reflexões acadêmicas sobre o efeito da LDDNZ. Veja, por exemplo, Taggart, n. 86 supra, p. 97; Joseph, n. 78 supra, pp. 168-69.
- 96 “Sempre que um projeto de lei por apresentado à Câmara dos Deputados, o Procurador Geral deve: (a) no caso de um projeto de lei do governo, quando da apresentação desse projeto ou (b) em qualquer outro caso, tão logo seja praticável após a apresentação do projeto, chamar a atenção da Câmara dos Deputados para quaisquer disposições do projeto que pareçam ser incompatíveis com quaisquer dos direitos e liberdades desta Declaração de Direitos”. Lei da Declaração de Direitos, Seção 7.
- 97 Tal dever foi imposto ao Ministro da Justiça a respeito de leis federais de acordo com a Seção 3 da Declaração de Direitos canadense, de 1960.
- 98 Embora no contexto da Nova Zelândia, argumentou-se que uma decisão parlamentar de promulgar uma lei ante uma opinião do Procurador Geral de que ela viola direitos não significa necessariamente que o parlamento manifestou intenção de violar um direito. Alguns membros do parlamento poderiam discordar da opinião do Procurador Geral de que existe um conflito. Veja Butler, n. 73 supra, pp. 336-37.
- 99 As outras eram a devolução de poder para a Escócia e o País de Gales, a reforma da Câmara dos Lordes, um prefeito eleito e uma nova autoridade para Londres, liberdade de informação e um plebiscito quanto ao sistema eleitoral para as eleições gerais.
- 100 Lester, “O impacto da Lei de Direitos Humanos sobre o direito público” [“*The Impact of the Human Rights Act on Public Law*”], in *Reforma constitucional no Reino Unido* [*Constitutional Reform in the United Kingdom*], n. 7 supra, p. 105.
- 101 O debate moderno começou com um panfleto de 1968 escrito por Anthony Lester, um proeminente jurista. Outros que advogaram a favor de uma declaração de direitos petrificada incluem Michael Zander, Uma declaração de direitos e garantias [*A Bill of Rights*] (3rd. ed. 1985); Ronald Dworkin, Uma declaração de direitos e garantias para a Grã-Bretanha [*A Bill of Rights for Britain*] (1990), e Lorde Scarman, um proeminente juiz que proferiu um discurso que recebeu grande publicidade em suas conferências de Hamlyn, dezembro de 1974.
- 102 Mais uma vez, esta última sustenta que o Parlamento pode fazer ou desfazer qualquer lei acerca de qualquer assunto e que nenhum tribunal é competente para questionar a validade de uma lei devidamente promulgada. Veja n. 13 supra.
- 103 Esse é o termo que a LDH utiliza para definir aqueles direitos da CEDH que foram incorporados. Estão exclu-

- idos o Artigo 1 (“As partes contratantes devem assegurar a todos em suas jurisdições os direitos e liberdades definidos na Seção I desta Convenção.”) e o Artigo 13 (“Todos cujos direitos e liberdades previstos nesta convenção sejam violados deverão contar com um remédio jurídico eficaz perante uma autoridade nacional não obstante ter a violação sido cometida por pessoas atuando na qualidade de funcionário público.”).
- 104 “Legislação delegada” é o termo genérico na Grã-Bretanha para a legislação proveniente de delegação pelo Parlamento de seus poderes legislativos ao poder executivo. É chamada algumas vezes de legislação “subordinada” ou “secundária” e a maioria dela se dá na forma de instrumentos jurídicos. Veja Stanley de Smith & Rodney Brazier, *Direito constitucional e administrativo* [*Constitutional and Administrative Law*] 334-38 (8th ed., 1998).
- 105 Os procedimentos detalhados para uma ordem de reparação são extremamente complexos. Veja a Seção 10 e o Anexo 2. Eles também estavam entre os aspectos mais controversos do projeto e o governo foi forçado a emendar seu esquema original, que permitia menor supervisão parlamentar de ordens de reparação.
- 106 Essa redação foi retirada do livro Branco do governo de 24 de outubro de 1997. Seção 2.10. No debate parlamentar, os ministros do governo reconheceram que apenas a respeito de questões de princípio altamente controversas, tal como aborto, poder-se-ia prever que a legislação não seria emendada ou anulada em resposta a uma declaração de incompatibilidade de um tribunal. Veja Hansard para o debate de 21 de outubro envolvendo Jack Straw, Secretário do Ministério do Interior: “Na esmagadora maioria dos casos, independente de qual partido estivesse no governo, eu acho que os ministros examinariam o assunto e diriam: ‘foi emitida uma declaração de incompatibilidade e nós teremos que a aceitar. Teremos que remediar a deficiência encontrada na lei pelo Comitê Judicial da Câmara dos Lordes’... Embora eu espere que isso não ocorra, é possível conceber que em algum momento no futuro um Comitê Judicial da Câmara dos Lordes, composto de forma particular, chegue à conclusão de que a disposição relativa ao aborto... no Reino Unido... é incompatível com um artigo qualquer da Convenção... Meu palpite – este pode ser mais do que um palpite – é que qualquer partido que estivesse no poder teria que se desculpar e dizer que não aceitava nem aceitaria aquilo e que continuaria com a legislação existente sobre aborto”.
- 107 Este é o termo que o preâmbulo da LDH utiliza para descrever o modo de incorporação empregado pelo direito interno do Reino Unido: “Uma lei para dar mais vigor aos direitos e liberdades garantidos pela Convenção Européia dos Direitos Humanos”. A palavra “incorporação” não é utilizada. De fato, no debate parlamentar, Lorde Irvine, o Lorde Juiz Presidente, argumentou que a LDH deu “maior vigor” à CEDH sem a “incorporar” ao direito do Reino Unido. O Livro Branco do governo, contudo, referiu-se ao manifesto de compromisso do governo como tendo introduzido “legislação para incorporar a Convenção Européia dos Direitos Humanos ao direito do Reino Unido”. Livro Branco: introdução e sumário.
- 108 Houve, é claro, uma grande quantidade de comentários acadêmicos na Grã-Bretanha sobre todos os aspectos da LDH. Entre os mais incisivos estão Ewing, *A Lei dos Direitos Humanos e a democracia parlamentar* [*The Human Rights Act and Parliamentary Democracy*] 62 *Modern L. Rev.* 79 (1999); Feldman, *A Lei dos Direitos Humanos de 1998 e os princípios constitucionais* [*The Human Rights Act 1998 and Constitutional Principles*] 19 *Legal Stud.* 165 (1999); Wade, *A Declaração de Direitos do Reino Unido* [*The United Kingdom’s Bill of Rights*], in *Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles* (cf. n. 7 supra) 61-68 (1998); Marshall, *Nacionalizando direitos com reservas: a Declaração de Direitos Humanos de 1998* [*Patriating Rights – With Reservations: The Human Rights Bill 1998*], *id.*, pp. 73-84.
- 109 A implicação textual clara da LDH foi explicitada pelo Procurador-Geral em debate na Câmara dos Lordes. Veja Lords Hansard, 18 de novembro de 1997, coluna 522: “O esquema desta Declaração é este: caso leis sejam julgadas incompatíveis com fundamento na Convenção, então cabe ao Parlamento remediar isso. Nós não desejamos incorporar os direitos da Convenção e, depois, confiando em uma teoria da anulação tácita, permitir que os tribunais derrubem leis do Parlamento”.
- 110 Veja por exemplo, Patrick Atiyah e Robert Summers, *Forma e substância no direito anglo-americano* [*Form and Substance in Anglo-American Law*] 100-12 (1987) (argumentando que “juízes ingleses em geral enfatizam a primazia global do significado comum das palavras utilizadas na lei, muito mais do que os juízes norte-americanos” e caracterizando a posição inglesa geral como sendo a de que o propósito legal deveria ser considerado apenas quando o texto legal não for claro). A despeito de algumas declarações judiciais e outras em sentido contrário e do uso limitado mais recente de declarações ministeriais como ferramentas interpretativas (*Pepper v. Hart*, (1993) AC 593), esta é ainda uma posição geral.
- 111 Veja a doutrina da anulação tácita, n. 18 supra.

- 112 “Os direitos da convenção não... tornar-se-ão parte de nosso direito nacional e não suplantarão, portanto, a legislação existente *ou serão suplantados por legislação futura.*” Lorde Hansard, veja n. 106 supra, Coluna 522 (ênfase adicionada).
- 113 Saber se os tribunais aderirão às intenções do governo é uma outra questão, pois existe precedente de longa data no sentido de que falta ao parlamento o poder para excluir a anulação tácita de suas leis. Veja *Ellen Street Estates Ltd. v. Minister of Health*, n. 18 supra. Tal exclusão da teoria da anulação tácita não seria, contudo, inteiramente sem precedentes, pois os tribunais reconheceram isso no contexto do direito da União Europeia. Eles interpretaram que a Lei das Comunidades Européias (LCE) de 1972, através da qual a lei da UE foi incorporada ao direito nacional do Reino Unido, excluía a anulação tácita de leis subsequentes em conflito com uma disposição da lei da UE. Apenas a intenção expressa de legislar de forma incompatível com a lei da UE e/ou de emendar ou anular a LCE seria eficaz. Veja n. 20 supra.
- 114 Livro Branco, Seção 2.16.
- 115 Como observei acima, isso é incompatível com a concepção tradicional britânica de soberania parlamentar e apenas foi aplicado previamente em relação ao direito da União Europeia, embora, nesse caso, a exclusão da regra da anulação tácita tenha sido realizada pelo judiciário em obediência ao Tribunal de Justiça Europeu. Veja n. 20 supra.
- 116 Uma versão da anulação legislativa canadense (com maioria necessária de dois terços) foi adotada brevemente na Polônia entre 1986 e 1997, veja n. 31 supra. Ela também foi adotada recentemente em Israel a respeito da Lei Básica, a Liberdade de Ocupação Revisada, uma lei com *status* constitucional. A Seção 8 permite a anulação legislativa de direitos protegidos por maioria absoluta dos membros do Knesset, o Parlamento israelense, por um período máximo de quatro anos sem qualquer disposição para renovação. Esse poder também foi utilizado uma vez, logo após sua promulgação, na Lei de Importação de Carne Congelada, de 1994, a qual proibia a importação de carne e não *kosher*.
- 117 É importante observar novamente, contudo, que no contexto do direito da União Européia, os tribunais britânicos têm o poder do controle de constitucionalidade e afirmou-se que este é congruente com a soberania parlamentar desde que o Parlamento permaneça livre para emendar ou anular expressamente a Lei das Comunidades Europeias, de 1973, a qual torna a lei da UE parte do direito nacional do Reino Unido. Veja n. 20 supra. (Uma diferença, contudo, é que os tribunais, em vez do Parlamento, deram a si esse poder, interpretando-o como parte do pacote total de lei da UE incorporado pela LCE). Essa é uma segunda maneira possível pela qual o governo está errado ao sugerir que tenha protegido os direitos da convenção o máximo possível de forma compatível com as leis parlamentares (a primeira maneira foi expulsar a anulação tácita de leis anteriores). Isso seria ainda ligeiramente diferente do Canadá, no sentido de que a anulação não emenda ou anula a Carta, mas adia os efeitos sobre leis específicas por cinco anos – talvez um passo mais fácil de ser dado por um parlamento.
- 118 Veja o Livro Branco, Seção 2.13 (“Não existe qualquer evidência a sugerir que eles [os tribunais] desejam esse poder [o controle de constitucionalidade], nem de que o público quer que eles o tenham. Certamente, este governo não tem mandato para uma mudança dessas.”).
- 119 Veja n. 20 supra.
- 120 A possibilidade de separação analítica dessas duas funções foi algumas vezes reconhecida no contexto das críticas direcionadas ao voto do Juiz Presidente Marshall em *Marbury v. Madison*. Ele é acusado – e em algumas ocasiões louvado – por tratar das questões mais fáceis, como saber (1) se uma lei incompatível com a Constituição pode constituir direito nacional e (2) se um tribunal, diante de uma lei como essa, está fadado a aplicá-la, mas de fugir da questão mais difícil de saber (3) quem decide se uma lei é incompatível. Embora essa crítica tenha a intenção de indicar que um tribunal pode ter o poder do controle de constitucionalidade sem possuir o poder independente de decidir se existe um conflito, pelo menos analiticamente, o oposto também deveria ser verdade, e agora a Grã-Bretanha acaba de fazer isso.
- 121 Veja n. 108 supra.
- 122 Veja n. 109 supra.
- 123 Jeremy Waldron, Direito e discordância [*Law and Disagreement*] 255-62 (1999).
- 124 O argumento clássico é de James Bradley Thayer em *John Marshall* (1901). Thayer considerava que a tendência dos legislativos, no contexto do *judicial review* agressivo, de deixar a consideração dos limites constitucionais para os tribunais e de presumir que eles fariam tudo o que pudessem fazer constitucionalmente, significava

- que “honra, negociação justa e honestidade não eram relevantes para suas inquirições”. Além disso, uma vez que o *judicial review* envolvia a pressuposição de que erros legislativos deveriam ser corrigidos de fora para dentro, o resultado era que o povo perdia a “experiência política, a educação moral e o estímulo advindos... da correção dos próprios erros. A tendência de se recorrer normal e facilmente a essa grande função é diminuir o desenvolvimento da capacidade política do povo e de enfraquecer seu senso de responsabilidade moral”.
- 125 Os exemplos mais bem conhecidos desse triunfo são a derrota infringida pelo Parlamento às reivindicações do monarca de governar por direito divino na Guerra Civil Inglesa e a Revolução Francesa.
- 126 Veja, por exemplo, James Madison, em *The Federalist* 48 (“Mas, em uma república representativa na qual a magistratura do executivo é cuidadosamente limitada... e na qual o poder legislativo é exercido por uma assembléia, a qual é inspirada por uma suposta influência sobre o povo com intrépida confiança em sua própria força, que é suficientemente numerosa para sentir todas as paixões que movem uma multidão, porém não tão numerosa a ponto de ser incapaz de perseguir os objetos de suas paixões pelos meios que a razão prescreve, vai contra a arrojada ambição deste poder a ideia de que o povo deva tolerar todo seu ciúme e exaurir todas as suas preocupações.”).
- 127 Gordon Wood argumenta que a característica distintiva e mais radicalmente criativa da Constituição era precisamente sua recusa de institucionalizar a soberania popular em qualquer órgão político. Veja n. 11 supra.
- 128 Essa é a maneira como os acadêmicos da área jurídica descrevem o desenvolvimento da LDDNZ: uma declaração de direitos que se encaixa no paradigma da supremacia parlamentar, mas que, diferentemente da Declaração de Direitos canadense, de 1960, não se mostra insignificante por essa razão. Veja Rishworth, n. 78 supra, pp. 4. Mas penso que essa noção capta de forma útil a essência de todas as três Declarações de Direitos aqui examinadas.
- 129 Feita no contexto de normas constitucionais em geral, mais do que no daquelas que protegem especificamente direitos fundamentais. Veja n. 3 supra.
- 130 Lei da Constituição, 1981, Seção 38 (1).
- 131 Veja nn. 87-89 infra.
- 132 Veja Thayer, n. 122 supra.
- 133 O problema inverso também foi observado e chamado de “judicialização da política”. Isso quer dizer que, com o controle de constitucionalidade em seu lugar, os parlamentos se tornam excessivamente preocupados com a questão da constitucionalidade e com o que os tribunais julgariam, com a tendência a acreditar que o que quer que seja constitucional constitui boa política. Veja Alec Stone, *A judicialização da política na França [The Judicialization of Politics in France]* (1991), sugerindo que esse fenômeno teve lugar na França após o advento do controle de constitucionalidade. O próprio Stone reconhece que esse é um problema com maior probabilidade de acontecer em países como a França, que possui o controle de constitucionalidade abstrato no qual as contestações constitucionais tornam-se virtualmente o estágio final automático do processo legislativo, do que em países como os Estados Unidos, onde existe apenas o *judicial review* concreto (e, pode-se acrescentar, regras permanentes severas). Deve-se observar que o próprio Thayer, embora mais conhecido pela preocupação oposta, também endossava essa opinião. Veja Thayer, n. 122 supra, pp. 103-07. Tushnet denomina a essa questão “o problema da distorção política”, veja n. 5 supra.
- 134 Como vimos, até o momento essa expectativa não foi satisfeita no Canadá. Eu comparo as três declarações de direitos quanto à probabilidade de garantir esse benefício, bem como os outros, na próxima seção.
- 135 Para exemplos recentes dessa tendência nos Estados Unidos, veja *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997) e *Kimel v. Florida Board of Regents*, 120 S.Ct. 631 (2000) (a Corte considera que, ao exercer seu poder de aplicar a Décima Quarta Emenda, o Congresso pode apenas aplicar a interpretação dada pela Corte à emenda e não a sua própria). Para comentários acadêmicos criticando que a posição da Corte vai além de seus limites, veja McConnell, “Instituições e interpretação: uma crítica de *City of Boerne v. Flores*” [“*Institutions and Interpretation, A Critique of City of Boerne v. Flores*”], 111 Harv. L. Rev. 153 (1997); Kramer, “Introdução: nós a Corte” [“*Foreword: We the Court*”] 115 Harv. L. Rev. 5 (2001); Coker & Brudney, “Desrespeitando o Congresso” [“*Dissing Congress*,”] 100 Mich. L. Rev. 80 (2001); Barkow, “Mais supremo que a Corte” [“*More Supreme Than Court*”] 102 Colum. L. Rev. (no prelo). Para uma defesa geral do monopólio judicial da interpretação constitucional, veja Alexander & Schauer, “Da interpretação constitucional extrajudicial” [“*On Extrajudicial Constitutional Interpretation*”], 110 Harv. L. Rev. 1359 (1997).
- 136 Esse, em particular, é o tema de Larry Kramer, id.



- 137 Todas as três declarações de direitos da comunidade britânica contêm tais limitações expressas. A Seção I da Carta canadense declara que seus direitos e liberdades estão garantidos e “sujeitos apenas aos limites razoáveis prescritos pela lei tais como podem ser justificados em uma sociedade livre e democrática”. A Seção 5 da LDDNZ repete exatamente essa redação. A LDH copia a estratégia da CEDH que incorpora e que consiste em especificar limites individuais para direitos específicos, mais do que um limite geral para todos os direitos. A Constituição dos Estados Unidos, é claro, em geral não contém limites expressos, mas isso não quer dizer que os direitos sejam interpretados como absolutos.
- 138 A respeito da prevalência do equilíbrio no direito constitucional norte-americano moderno, veja Aleinikoff, “O direito constitucional na era do equilíbrio” [*Constitutional Law in the Age of Balancing*] 96 Yale L. J. 943 (1987).
- 139 O argumento geral de que a anulação pode resultar em maior proteção judicial aos direitos, pois os juízes terão menos medo de frustrar o processo democrático, foi apresentado no contexto canadense. Veja Dale Gibson, A lei da Carta: princípios gerais [*The Law of the Charter: General Principles*] 125-26 (1986). Uma outra maneira de fazer essa colocação é dizer que o novo modelo pode ajudar a resolver o problema da sub-aplicação judicial de normas constitucionais onde os tribunais têm a última palavra. Veja Sager, “Medida justa: o status jurídico de normas constitucionais sub-aplicadas” [*Fair Measure: the Legal Status of Underenforced Constitutional Norms*] 91 Harv. L. Rev. 1212 (1978).
- 140 Veja n. 39 supra.
- 141 Veja Cappelletti & Cohen, n. 1 supra, pp. 80-83.
- 142 Assim, na Alemanha, as duas câmaras da legislativo, o *Bundestag* e o *Bundesrat*, selecionam, cada um, oito membros do Tribunal Constitucional (6 devem ser juízes federais). O Tribunal é dividido em dois conselhos (*senates*) de oito juízes. Na França, o Presidente, a Assembléia Nacional e o Senado selecionam, cada, três membros do Conselho Constitucional. De modo algo incomum, na Itália, o Presidente, o Parlamento e os tribunais mais elevados escolhem, cada, cinco membros para o Tribunal Constitucional.
- 143 Michael Perry sugeriu que esse procedimento pode ser importado com proveito para os Estados Unidos. Veja Perry, n. 5 supra, pp. 201.
- 144 A Espanha tem mandatos renováveis de nove anos e Portugal, de seis anos. Mesmo nos muitos países com mandatos fixos não renováveis, os juízes com frequência precisam ter carreiras pós-tribunal constitucional.
- 145 Veja Thayer, A origem e o alcance da doutrina norte-americana de Direito Constitucional [*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*], 7 Harv. L. Rev. 17 (1893); Thayer, *John Marshall*, n. 122 supra.
- 146 Os Juízes Oliver Wendell Holmes e Felix Frankfurter foram os principais protegidos de Thayer na Suprema Corte.
- 147 A Constituição sueca permite a invalidação de uma lei apenas quando existe um conflito “óbvio ou aparente” (*uppenbar*) com a Constituição e a finlandesa, apenas quando há uma “controvérsia clara” (*ilmeinen ristiriita*). Veja Husa, n. 29 supra, pp. 361, 365.
- 148 Thayer, *The Origin and Scope*, n. 144 supra, pp. 144. Thayer alegou que essa regra não era invenção sua, mas, na verdade, a regra estabelecida na primeira metade do séc. XIX. Thayer aplicou essa regra apenas à revisão por tribunal federal de leis federais, pois isso envolvia as prerrogativas legiferantes de um poder coordenado do governo. Quando tribunais federais revisam leis estaduais, eles não estão lidando com um poder coordenado, mas são os representantes do governo federal superior e sua tarefa é traçar linhas de alocação do poder.
- 149 Veja Thayer, n. 122 supra.
- 150 Veja Bickel, *The Least Dangerous Branch*, n. 6 supra, pp. 111-99 (as “virtudes passivas” referem-se a numerosas formas procedimentais pelas quais os tribunais podem evitar responder a questões constitucionais: elas incluem as doutrinas da legitimidade, da perda do objeto (*mootness*, em inglês, segundo a qual só cabe ao judiciário decidir questões em que haja um objeto litigioso), da causa madura (*ripeness*, em inglês, de acordo com a qual o tribunal só admite recurso após esgotadas as outras vias administrativas e judiciais), a teoria da questão jurídica, da base independente e adequada da lei estadual, de responder apenas à questão mais estrita necessária para a decidir um processo e o poder discricionário de *certiorari* (descrito no dicionário de Maria Chaves como o recurso que cabe junto aos tribunais superiores contra uma decisão que viola a Constituição ou lei federal).
- 151 Thayer, n. 144 supra, pp. 149.
- 152 Após observar, na prática, o fracasso do mecanismo de anulação canadense para resolver como se esperava o problema da debilitação, Tushnet conclui que o minimalismo judicial thayeriano pode ser o único candidato plausível. Ele observa, contudo, que pode haver outras alternativas institucionais. Veja Tushnet, n. 5 supra, pp. 299-301. Obviamente, a LDDNZ e a LDH são exemplos de tais alternativas.

- 153 De acordo com o Artigo III, Seção 2, cláusula 2, a jurisdição recursória da Suprema Corte deve sujeitar-se a “tais exceções conforme as Regulamentações que o Congresso possa fazer”.
- 154 Veja Tushnet, n. 5 supra, pp. 285-87.
- 155 Veja id.
- 156 Falando de maneira bastante ampla, essa foi a posição tomada por muitos países europeus que adotaram o controle de constitucionalidade após 1945 à luz de seus próprios, e de outros, registros recentes de direitos humanos. Contudo, observe que a tutela efetiva dos direitos pode revelar-se maior de acordo com o novo modelo porque os tribunais sentem-se menos constrangidos pelo medo de excluir pontos de vistas majoritários.
- 157 John Hart Ely, *Democracia e desconfiança* [*Democracy and Distrust*] (1971).
- 158 *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938) (em uma nota de rodapé para seu voto nesse processo perante a Corte, o Juiz Stone sugeriu que a presunção normal de constitucionalidade que atribui ao Estado a regulamentação social e econômica pode ser inapropriada em ações em que “a legislação... restringe aqueles processos políticos que, de maneira ordinária, devem provocar a anulação da legislação indesejável”).
- 159 *McCulloch v. Maryland*, 4 *Wheat*. (17 U.S.) 316 (1819) (“Mas quando um Estado taxa as operações do governo dos Estados Unidos, ele age sobre instituições criadas não por seus próprios eleitores, mas pelo povo sobre o qual não reivindicam controle.”).
- 160 Por exemplo, a Lei Fundamental alemã põe o valor substantivo da dignidade humana em primeiro lugar e no centro de seu esquema de valores constitucionais. Do ponto de vista (representativo) de um comentarista, o Tribunal Constitucional alemão deixou claro que o Artigo 1(1) (que declara que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é o dever de todas as autoridades do Estado”) “expressa o mais alto valor da Lei Fundamental, informando o espírito e a substância de todo o documento”. Veja Donald Kommers, *A jurisprudência constitucional da República Federativa da Alemanha* [*The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*] 298 (2nd ed.; 1997).
- 161 Para Marshall, veja *Marbury*, n. 3 supra (“Os princípios, portanto, assim estabelecidos [pelo povo] são considerados fundamentais. E, uma vez que a autoridade da qual provêm é suprema (o povo), eles estão projetados para serem permanentes”). Para Hamilton, veja *The Federalist* 78 (“É muito mais racional supor que os tribunais foram projetados para serem um órgão intermediário entre o povo e o legislativo a fim de... manter a segunda dentro dos limites fixados para sua autoridade... a Constituição deve receber preferência em relação à lei, assim como a intenção do povo deve receber preferência em relação à intenção de seus agentes.”).
- 162 A alegação é de que a melhor evidência do texto do povo que a Suprema Corte é obrigada a proteger é o texto que ele ratificou e/ou o entendimento contemporâneo do que as palavras que o povo ratificou significavam para ele.
- 163 Ackerman, *We the People I*, n. 17 supra.
- 164 Veja Waldron, n. 122 supra, pp. 255-81.
- 165 Veja nn. 124-26 supra.
- 166 Bickel, n. 6 supra, pp. 23-28.
- 167 Na verdade, um juízo *a quo* decidiu as mesmas questões de forma diferente. O Tribunal de Recursos do Quebec julgou que os usos gerais e padrão da anulação violavam o requisito de especificidade da Seção 33. *Alliance des Professeurs de Montreal v. A.G. Quebec*, [1985] C.A. 376, (1985) 21 D.L.R. (4th) 354. Essa decisão, que foi anulada em *Ford*, é discutida em Weinrib, n. 57 supra.
- 168 Veja Butler, n. 73 supra, pp. 336-38.
- 169 *Id.*, p. 335-336, e n. 97 supra. Butler argumenta de maneira convincente que a margem de liberdade interpretativa dos tribunais, aqui, provém de explicações alternativas plausíveis da intenção legislativa, mais do que do desejo claro de sobrepujar um direito. Por exemplo, membros do parlamento podem discordar do Procurador-Geral quanto ao fato de uma medida proposta estar em conflito com um direito.
- 170 Apesar de as decisões judiciais de acordo com a LDDNZ terem sempre maior probabilidade de serem de alguma forma menos dramáticas do que aquelas emitidas de acordo com a Carta ou com a LDH, dado que aquelas serão decisões de interpretação jurídica, em vez de serem a invalidação de uma lei ou de declararem-na incompatível com um direito protegido.

Submetido: CONVIDADO

Aprovado: CONVIDADO

# NORMAS DE PUBLICAÇÃO

## 1 LINHAS DE PESQUISA

Os temas poderão receber abordagens variadas, tanto de natureza dogmática, quanto de natureza teórica. São admissíveis leituras históricas, políticas, jurídicas, metodológicas e interdisciplinares. É facultado aos autores abordar apenas aspectos específicos no contexto maior da linha de pesquisa escolhida. São elas:

Constituição, Estado e Sociedade

Direito, Acesso à Justiça e Solução de Litígios

Direito, Estado e Acesso ao Desenvolvimento

Direitos Humanos e Fundamentais

Epistemologia Jurídica

Metodologia Jurídica e Editoria Jurídica

Teoria Política e do Direito

## 2 ESTRUTURA GERAL DO ARTIGO CIENTÍFICO (15 A 30 PÁGINAS)

### Elementos pré-textuais:

Título e subtítulo (se houver), separado por dois pontos;

Nome do autor (e do coautor, se houver), acompanhado de breve currículo que o qualifique na área de conhecimento do artigo, com a respectiva titulação acadêmica, filiação institucional, Cidade, Estado, País e endereço eletrônico (em nota de rodapé).\*

Resumo na língua do texto: sequência de frases concisas e objetivas, e não uma simples enumeração de tópicos, de 150 a 250 palavras, espaçamento entre linhas simples. Seguem-se as palavras-chave, representativas do conteúdo do trabalho, separadas por ponto e finalizadas por ponto (de 3 a 5 palavras).

### Elementos textuais:

Modelo A:

1 Introdução

2 Desenvolvimento

3 Conclusão

---

\* A submissão do artigo deve ser realizada sem qualquer menção de autoria, exclusivamente pelo portal de periódicos via web. Os dados referentes aos autores e coautores devem ser inseridos à parte, na seção denominada “meta-dados”. O periódico opera com o sistema de dupla avaliação cega.

Modelo B:

- 1 Introdução
- 2 Referencial Teórico
- 3 Metodologia da Pesquisa
- 4 Análise dos Resultados (deve conter a análise dos dados obtidos)
- 5 Conclusão

### Elementos pós-textuais:

Título, e subtítulo (se houver) em língua estrangeira

Resumo em língua estrangeira

Palavras-chave em língua estrangeira

Notas explicativas

Referências

## 3 FORMATAÇÃO DO ARTIGO

Os textos devem ser digitados ou datilografados em cor preta, podendo outras cores ser utilizadas somente para as ilustrações.

Todo o texto deve ser digitado com letra **Times New Roman, tamanho 12**, usando espaço entrelinhas 1,5, excetuando-se as citações de mais de três linhas, notas de rodapé, referências, legendas das ilustrações e das tabelas, que devem ser digitados ou datilografados em espaço simples. O espaço da primeira linha dos parágrafos é de 1,25 cm ou 1 TAB.

O formato do papel a ser utilizado, tanto na versão eletrônica quanto na impressa, deve ter formato A4 (210 mm x 297 mm), com as seguintes margens: superior e esquerda - 3,0cm; inferior e direita - 2,0 cm.

O trabalho deve estar **obrigatoriamente** digitalizado em WORD.

### 3.1 SISTEMA DE CHAMADA (NBR 10520)

As citações devem ser indicadas no texto por um sistema de chamada **autor-data** (NBR 10520).

Neste sistema, a indicação da fonte é feita pelo sobrenome de cada autor ou pelo nome de cada entidade responsável até o primeiro sinal de pontuação, seguido(s) da data de publicação do documento e da(s) página(s) da citação (no caso de citação direta), separado por vírgula e entre parênteses.

As **citações diretas, no texto, de até três linhas**, devem estar contidas entre aspas duplas. As aspas simples são utilizadas para indicar citação no interior da citação.

Exemplos: Barbour (1971, p. 35) descreve: “O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos [...]” Ou “Não se mova, faça de conta que está morta.” (BONNIN, 1985, p. 72).

**As citações diretas, no texto, com mais de três linhas, devem ser destacadas com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor que a utilizada no texto e sem aspas.**

### **Exemplos:**

#### No texto:

A chamada “pandectísta havia sido a forma particular pela qual o direito romano fora integrado no século XIX na Alemanha em particular.” (LOPES, 2000, p. 225).

#### Na lista de referências:

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

#### No texto

Bobbio (1995, p. 30) com muita propriedade nos lembra, ao comentar esta situação, que os “juristas medievais justificaram formalmente a validade do direito romano ponderando que este era o direito do Império Romano que tinha sido reconstituído por Carlos Magno com o nome de Sacro Império Romano.”

#### Na lista de referências:

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo, Ícone, 1995.

#### No texto:

De fato, semelhante equacionamento do problema conteria o risco de se considerar a literatura meramente como uma fonte a mais de conteúdos já previamente disponíveis, em outros lugares, para a teologia (JOSSUA; METZ, 1976, p. 3).

#### Na lista de referências:

JOSSUA, Jean Pierre; METZ, Johann Baptist. Editorial: Teologia e Literatura. **Concilium**, Petrópolis, v. 115, n. 5, p. 2-5, 1976.

## **4 REFERÊNCIAS**

As referências são **alinhadas somente à margem esquerda do texto** e de forma a se identificar individualmente cada documento, **em espaço simples e separadas entre si por espaço duplo**.

As referências devem ser constituídas por todas as obras **citadas** no artigo e devem ser listadas de acordo com a norma ABNT-NBR-6023/2002, conforme exemplos abaixo:

**Livros**

ALVES, Roque de Brito. **Ciência criminal**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BANDEIRA, Manuel (Org.). **Gonçalves Dias: poesia**. 11. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1983.

**Artigos em periódicos**

MONTEIRO, Agostinho dos Reis. O pão do direito à educação. **Educação & Sociedade**, Campinas, SP, v. 24, n. 84, p. 763-789, set. 2003.

O MELHOR de dois mundos. **Após**, São Paulo, ano 1, p. 24-25, fev. 2003.

**Artigos em revistas, jornais, etc.**

MONTEIRO NETO, Armando. Desoneração da folha salarial. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, n. 22.368, p. 9, 26 mar. 2003.

**Sites**

CONY, Carlos Heitor. O frágil lenho. **Folha online**, São Paulo, 19 jan. 2004. Disponível em: <[www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml](http://www.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult505u135.shtml)>. Acesso em: 19 jan. 2004.

FREIRE, José Bessa. O patrimônio cultural indígena. In: WELFORT, Francisco; SOUZA, Márcio (Org.). **Um olhar sobre a cultura brasileira**. Brasília: Ministério da Cultura, 1998. Disponível em: <<http://www.minc.gov.br/tex-tos/olhar/patrimonioidigena>>. Acesso em: 20 jan. 2004.

**5 INSTRUÇÕES AOS AUTORES****5.1 Avaliação por pares – *modus operandi***

Os artigos recebidos passam por uma análise prévia (fase inicial: *desk review*), envolvendo a equipe de Editores institucionais e/ou Editores-Associados (vinculados a outras Instituições de outros Estados). Essa primeira fase funciona como um mecanismo de filtragem quanto à adequação do artigo, às linhas de pesquisa, à adequação às normas de publicação; inteligibilidade, coerência e coesão do texto; avaliação preliminar da compatibilidade do artigo submetido às exigências atribuíveis a uma produção em termos de pós-graduação; relevância e adequação do aporte teórico; relevância da discussão enfrentada e potencial de contribuição do artigo para a comunidade acadêmica. Essas são diretrizes às quais a equipe de Editores (institucionais e associados) se atém, de modo geral.

Superada essa fase preliminar, o artigo é submetido a, no mínimo, dois pareceristas, que tenham titulação maior (preferencialmente) ou igual à titulação do coautor mais bem

titulado do trabalho em exame. Atenta-se, ainda, quando da escolha dos pareceristas responsáveis para uma adequação entre as áreas de conhecimento dos avaliadores e a área da temática enfrentada no artigo, antes de submetê-lo à apreciação dos pares.

Opera-se com o sistema *double blind review*, conforme orientação do Programa Qualis, procedendo-se à desidentificação dos artigos, a fim de que a avaliação por pares seja cega, garantindo-se a lisura do processo. Nessa etapa da avaliação, os pareceristas preenchem uma ficha de avaliação específica e padronizada, a qual é devolvida à equipe de editores responsáveis, recomendando ou não a publicação dos artigos submetidos. Cada parecerista só pode avaliar, no máximo, dois artigos por número publicado. Procura-se, sempre que possível, escolher pareceristas que não pertençam ao mesmo Estado da Federação de onde se originou o artigo. Em caso de divergência de pareceres, ou, permanecendo quaisquer dúvidas, pode a equipe institucional ampliar o leque de avaliações para melhor subsidiar sua decisão.

## 5.2 Idiomas de publicação

A Opinião Jurídica aceita artigos escritos em português, espanhol, francês, italiano e inglês. Artigos em alemão serão aceitos apenas de autores previamente convidados. Todos os artigos, independentemente da língua em que estejam escritos, devem fazer constar título, resumo e palavras-chave em inglês – atendendo-se às exigências do Programa Qualis da Capes.

## 5.3 Ineditismo

A Opinião Jurídica visa à publicação e à divulgação de trabalhos inéditos, devendo o autor fazer constar, sob as penas da lei, qualquer condição em contrário, por ocasião da submissão de seu trabalho. Em caso de existência de publicação prévia, deve o autor explicitar o veículo de publicação e o suporte utilizado (virtual ou impresso), a fim de que a equipe de editores institucionais delibere, soberanamente, a respeito da conveniência de uma eventual republicação.

## 5.4 Transferência de direitos autorais

A submissão de artigo à apreciação da Equipe Editorial da Revista Opinião Jurídica implica, por este mesmo ato, a cessão, por parte do(s) autor(es), para o Centro Universitário Christus – UNICHRISTUS, da referida OBRA para fins de reprodução, divulgação, distribuição, impressão, publicação e disponibilização, a encargo da UNICHRISTUS, em qualquer forma ou meio que exista ou venha a existir, nos termos do art. 49 e os seguintes da Lei 9.610/98.

**Parágrafo Primeiro.** A cessão, objeto deste Termo, é feita a título não exclusivo e gratuito, abrangendo a totalidade da OBRA.

**Parágrafo Segundo.** A UNICHRISTUS poderá disponibilizar, para fins didáticos, a OBRA no todo ou em partes, vedada a alteração de seu conteúdo textual, ressalvadas correções e formatações que se fizerem necessárias.

**Parágrafo Terceiro.** A cessão é válida em quaisquer países, em língua portuguesa ou tradução, a critério da UNICHRISTUS.

#### 5.5 Das responsabilidades

Ao submeter(em) artigo de sua lavra, o autor (e coautores, se houver) assume(m), por esse ato, a responsabilidade exclusiva pela integridade do conteúdo da obra de sua autoria. Dessa forma, quaisquer medidas judiciais ou extrajudiciais concernentes ao seu conteúdo serão de sua inteira responsabilidade.

**Parágrafo único.** Em caso de pluralidade de autores, considera-se solidária a responsabilidade, ressalvadas as provas em contrário.

### 6 TAXAS DE PROCESSAMENTO, SUBMISSÃO E PUBLICAÇÃO DE ARTIGOS

Nenhuma taxa será cobrada dos autores pela submissão e publicação dos artigos.



**RELAÇÃO DOS PARECERISTAS DAS EDIÇÕES N. 20 (JAN./JUN. 2017)  
E N. 21 (JUL./DEZ. 2017) DA REVISTA OPINIÃO JURÍDICA**

Alexandre Fernandes Dantas  
Álison da Silva Costa  
Aluer Baptista Freire Junior  
Amauri Cesar Alves  
Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti  
André Ribeiro Giamberardino  
André Leonardo Copetti Santos  
André Studart Leitão  
Artenira da Silva e Silva  
Bárbara Silva Costa  
Benjamin Miranda Tabak  
Bruna Estima Borba  
Carlos Marden Cabral Coutinho  
Carolina Salazar  
Celina Yamao  
Clarissa Bueno Wandscheer  
Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas  
Claudio Mikio Suzuki  
Claudio Smirne Diniz  
Cleide Calgaro  
Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis  
Daniel Wunder Hachem  
Daniele Alves Moraes  
Deilton Ribeiro Brasil  
Denise Bittencourt Friedrich  
Diego de Paiva Vasconcelos  
Diego Richard Ronconi  
Elaine Harzheim Macedo  
Eliseu Raphael Venturi  
Elpídio Paiva Luz Segundo  
Emerson Gabardo  
Érico Hack  
Eugênio Facchini Neto  
Fernanda Andrade Almeida  
Fernanda da Silva Lima  
Fernando Borges Mânica  
Fernando Antonio da Silva Alves  
Fernando Silva Moreira dos Santos

Fernando Tonet  
Gabriel Webber Ziero  
Hugo de Brito Machado Segundo  
Igor Raatz dos Santos  
Isael José Santana  
Ilnah Toledo Augusto  
Ivan Martins Motta  
Ivo Basilio da Costa Junior  
Jamile Bergamaschine Mata Diz  
Jonathan Cardoso Régis  
Josiane Becker  
Juliana Diniz Fonseca Corvino  
Leila Arruda Cavallieri  
Loiane Prado Verbicaro  
Luciana Lopes Canavez  
Marcelo D. Varella  
Marcelo Negri Soares  
Maria Célia da Silva Gonçalves  
Maria Marconiete Fernandes Pereira  
Marlene Helena de Oliveira França  
Marta Carolina Giménez Pereira  
Mayra Thais Andrade Ribeiro  
Nelson Finotti Silva  
Nitish Monebhurrun  
Oksandro Osdival Gonçalves  
Oswaldo Pereira de Lima Junior  
Paulo Sérgio Silva  
Peter Panutto  
Rafael Lazzarotto Simioni  
Renata Albuquerque Lima  
Rennan Faria Krüger Thamay  
Ricardo Augusto de Araújo Teixeira  
Roberto Correia da Silva Gomes Caldas  
Roberto Henrique Porto Nogueira  
Samantha Ribeiro Meyer  
Sérgio Henriques Zandona Freitas  
Silvio Beltramelli Neto  
Valter Moura do Carmo  
Veronica Lagassi  
Vinicius Figueiredo Chaves  
Yvete Flávio da Costa



ISSN 1806-0420

