

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 2, mai./ago. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 2, mai./ago. 2020

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 15, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo

Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 14, n. 2 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – mai./ago. 2020 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2020– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO PROJETO CONSTITUCIONAL AO PROTAGONISMO NA VIDA PÚBLICA.	
Felipe Alvarenga Neves, Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini	11
A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO <i>HABEAS CORPUS</i> 124.306. Bruno Laércio de Melo, Rafael Lazzarotto Simioni	27
A LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL. Luís Pedro Lima	40
A IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA <i>BLOCKCHAIN</i> E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: PERSPECTIVAS A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. Ewerton Ricardo Messias, André Luis Cateli Rosa	60
<i>SMART CITIES</i>: UM CAMINHO À EXTRAJUDICIALIZAÇÃO.	
Márcia Walquiria Batista Dos Santos, Luís Pedro Ferreira Lima	80
FAMÍLIAS PLURAIS NO BRASIL ATÉ A O PERÍODO REPUBLICANO: CONCEITOS, FORMAÇÃO E LEGITIMAÇÃO JURÍDICA. Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales, Roberto Nascimento Rodrigues	102
OS COSTUMES JURÍDICOS SOBRE ACESSO À TERRA EM COMUNIDADES RURAIS DO VALE DO JEQUITINHONHA, MG.	
Dilson de Quadros Godinho Neto, Vanessa Marzano Araújo	127
CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS: A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA REINCIDÊNCIA FRENTE À COERÊNCIA DO SISTEMA PENAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL. Diego Coelho Antunes Ribeiro	148
O DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA. Edson da Graça Francisco Macuácuá	164
A JURISPRUDÊNCIA 'ABISMAL' DA CEDH: A INCOMPLETUDE DOS DIREITOS HUMANOS. Felipe Costa Lima	207

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 15, número 2, referente ao quadrimestre de 2020, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 15, número 2, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pelo prof. Marcelo Antunes Neves.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 05 de agosto de 2020.

Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Consoante à emblemática afirmação do filósofo Aristóteles, “*to on legetai pollachos*” (“o ser se diz de vários modos”), assim também o “ser” do Direito encontra múltiplas possibilidades de expressão, significação e concretização. Prova disso é a fecunda diversidade de temas e análises presente nos textos que dão forma à presente edição da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, à qual recebi, com estima, o convite para prefaciar.

Em se tratando de diversidade, a reunião de artigos que aqui se apresenta vem justamente nos lembrar do caráter congregante das publicações acadêmicas, ponto de confluência de várias vozes, visões diversas, verdadeira polifonia de inteligências.

A edição se abre com o artigo intitulado “Supremo Tribunal Federal: do projeto constitucional ao protagonismo na vida pública”, dos autores Felipe Alvarenga Neves e Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini. Tendo como referência o *design* normativo-institucional previsto pela Constituição Federal de 1988, paralelamente a conceitos como “constitucionalização da vida” e “judicialização da política”, os autores analisam a gradual ascensão do Supremo Tribunal Federal na vida pública brasileira, suscitando o debate acerca das dinâmicas de transformação dos papéis das Supremas Cortes a partir dos movimentos de constitucionalização dos direitos e da mobilização social.

Ainda com o olhar voltado à atuação da Suprema Corte situa-se o artigo “A aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy no *Habeas Corpus* 124.306”, dos autores Bruno Laércio de Melo e Rafael Lazzarotto Simioni, que se debruçam sobre o voto proferido pelo ministro Luís Roberto Barroso, perquirindo quanto à aplicação da “teoria da ponderação”, de Robert Alexy, em um caso que envolve um tema socialmente sensível e complexo.

No artigo intitulado “A legitimação do ativismo judicial”, o autor Luís Pedro Lima trata o ativismo judicial sob o viés de uma atuação legítima e corroborada pela própria Constituição Federal. Para tanto, firma-se na perspectiva da Constituição Federal como um sistema aberto de regras e princípios, o que permitiria, segundo o autor, a utilização da discricionariedade judicial

como um meio inerente à sua eficácia.

Suscitando um diálogo entre Direito, Economia e Tecnologia da Informação, o artigo “A implementação da tecnologia *blockchain* e seus reflexos sociais: perspectivas a partir da análise econômica do direito”, dos autores Ewerton Ricardo Messias e André Luis Cateli Rosa, analisa os fundamentos, o funcionamento, os custos e a eficiência da tecnologia *blockchain*, considerando seus reflexos sobre a sociedade brasileira e levando em consideração os objetivos do Estado brasileiro.

Continuando o diálogo entre Direito, Economia e Tecnologia da Informação, o artigo “*Smart cities*: um caminho à extrajudicialização”, dos autores Márcia Walquiria Batista dos Santos e Luís Pedro Ferreira Lima, aborda o declínio do modelo burocrático da administração pública e a ascensão da gestão eficiente, fundada na *e-governance*, com a participação mais ativa da sociedade na consecução dos serviços públicos, auspiciando essa nova gestão como campo propício para o desenvolvimento de um novo modelo de cidade inteligente.

Em “Famílias plurais no Brasil até a o período republicano: conceitos, formação e legitimação jurídica”, através de um olhar ao mesmo tempo histórico, sociológico e jurídico, os autores Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales e Roberto Nascimento Rodrigues apresentam os vários modelos de família vigentes no Brasil desde a colonização, evidenciando a contradição presente na legislação republicana ao legitimar apenas o casamento como modelo de família, e apontam as possíveis causas da dissociação entre a legislação e a realidade social.

Palmilhando as veredas do direito consuetudinário ao derredor do direito de propriedade, em um diálogo entre os elementos sociais e a ordem jurídica, o artigo intitulado “Os costumes jurídicos sobre acesso à terra em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha, MG”, dos autores Dilson de Quadros Godinho Neto e Vanessa Marzano Araújo, através de pesquisa bibliográfica e das técnicas de entrevista individual e de grupo focal, perquire quais são os costumes jurídicos da população em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha (MG) sobre acesso à terra.

O artigo “Controle de constitucionalidade das normas penais: a (in)constitucionalidade da reincidência frente à coerência do sistema penal e sua função social”, de autoria de Diego Coelho Antunes Ribeiro, tece uma análise crítica quanto à atuação dos órgãos jurisdicionais no campo do direito penal, ocasião em que o autor põe em destaque a noção de proporcionalidade, sustentando que quanto maior for a atividade legislativa no campo de restrição à liberdade de locomoção, mais firme deve ser a aferição de (in)constitucionalidade.

De terras ultramarinas aqui aporta o artigo “O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana”, de Edson da Graça Francisco Macuácuá, cujo objetivo geral é analisar a configuração do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano e, de modo específico, investiga o processo e a forma de recepção das normas de direito internacional, para então sustentar a possibilidade e obrigatoriedade do controle constitucional sobre elas, segundo a sistemática do ordenamento jurídico daquele país.

Também na seara do Direito Internacional está situado o artigo “A jurisprudência 'abismal' da CEDH: a incompletude dos direitos humanos”, de Felipe Costa Lima, que propõe

uma análise crítica de duas importantes jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH): *Garaudy vs. France* (2003) e *Perinçek vs. Swizerland* (2015), desvendando novas epistemologias que possam contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência da Corte Europeia. Por fim, o autor apresenta uma proposta de sua lavra, por ele chamada de “caminho transmoderno”, para intensificar a proteção dos direitos humanos no mundo.

Esse é apenas um breve panorama do que o leitor há de encontrar nesta edição da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Que ela seja o prenúncio de valiosas reflexões, caro leitor!

Com os cordiais cumprimentos,

Prof. Me. Marcelo Antunes Neves

ARTIGOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DO PROJETO CONSTITUCIONAL AO PROTAGONISMO NA VIDA PÚBLICA

FEDERAL SUPREME COURT: FROM CONSTITUTIONAL PROJECT TO PROTAGONISM IN PUBLIC LIFE

Felipe Alvarenga Neves¹

Isabela Gerbelli Garbin Ramanzini²

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 promoveu mudanças no Poder Judiciário e, em especial, no Supremo Tribunal Federal (STF). A constitucionalização da vida impulsionou a mobilização social do aparato judiciário, de modo que, questões tradicionalmente resolvidas nas esferas políticas passaram a ser levadas à apreciação judicial. A judicialização da política é uma das variáveis que explicam as diferentes percepções e entendimentos sobre a hipótese de protagonismo do STF. Esse artigo sistematiza os argumentos apontados pela literatura, identificando vias pelas quais o STF acabou pavimentando uma trajetória que o levou ao protagonismo na vida pública do país.

Palavras-chave: Constituição Federal; Supremo Tribunal Federal; Constitucionalização; Judicialização da Política.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 promoted changes in the Judicial Power, especially at the Federal Supreme Court (STF). The constitutionalization of life leveraged social mobilization of the judiciary apparatus, in a way that, questions traditionally solved in the political sphere have now been brought to judicial appreciation. The judicialization of politics is one of the variables explaining different perceptions and understandings on the hypothesis of a protagonist role of the STF. This article systematizes the arguments presented in the literature, identifying paths through which the STF ended up paving a trajectory that took it to the forefront of public life in the country.

Keywords: Federal Constitution; Federal Supreme Court; Constitutionalization; Judicialization of Politics.

¹ Advogado no escritório Caputo, Bastos e Serra Advogados. Mestre em Relações Internacionais e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

² Professora da Universidade Federal de Uberlândia, Minas Gerais. Pesquisadora-Visitante do *Carr Center for Human Rights Policy* da *Harvard Kennedy School* (2017-2019). Doutora pela Universidade de São Paulo (USP).

Introdução

A trajetória contemporânea do Supremo Tribunal Federal (STF) transcorre entre marcos democráticos delineados: desde o projeto constitucional até granularidades de percepção acerca de um conjecturado protagonismo na vida pública atual. A Constituição Federal de 1988 representou uma conquista inequívoca na transição democrática brasileira, principalmente por ter trazido substancial conteúdo normativo que articula o equilíbrio de forças entre Estado e cidadãos e entre os próprios Poderes da República. Entretanto, a consolidação das previsões abstratas da Constituição depositou carga de responsabilidade sob o aparato judicial brasileiro, especialmente no que se refere ao Supremo Tribunal Federal. À Suprema Corte brasileira foi atribuído o papel de “Guardião da Constituição”, além de uma série de competências e prerrogativas que, aparentemente, culminaram na expansão de suas atividades. A judicialização da política é uma das variáveis que explicam as diferentes percepções e entendimentos sobre um conjecturado protagonismo do STF. Enquanto alguns argumentam que a expansão quantitativa das atividades do Poder Judiciário o conduziu ao centro da vida pública do país; outros ponderam que a transformação qualitativa dessas atividades foi o vetor responsável por suposto protagonismo.

Esse artigo sistematiza os argumentos apontados pela literatura, identificando vias pelas quais o STF acabou sendo levado por uma trajetória que o direcionou ao protagonismo na vida pública do país. Inicia pela modelagem proposta pela Constituição Federal de 1988 ao STF, explorando os desdobramentos que o *design* normativo-institucional impingiu na organização da vida pública no Brasil. Ao abordar conceitos como constitucionalização da vida e judicialização da política, pretende-se analisar a hipótese de que a Suprema Corte pode, gradualmente, ter alcançado protagonismo não apenas em decorrência das inovações constitucionais de 1988, mas, sobretudo, pelo impulsionamento da sociedade civil sobre o aparato judicial nacional.

A pesquisa de fundo desse artigo foi realizada com apoio de materiais acadêmicos, científicos e em dados estatísticos oficiais do Supremo Tribunal Federal, disponibilizados no *website* do próprio Tribunal. Parte dos dados que já se encontravam organizados pelo STF foram utilizados na íntegra; outros foram desagregados e reunidos pelos autores como forma de adequar as evidências aos contornos propostos no artigo. Os dados e análises trazidos aqui contribuem para com o debate acerca das dinâmicas de transformação dos papéis das Supremas Cortes a partir dos movimentos de constitucionalização dos direitos e da mobilização social.

1. Protagonismo via constitucionalização da vida

No Direito Público contemporâneo, um dos avanços mais expressivos diz respeito à fixação da ideia de que os detentores do poder devem ser constantemente vigiados, de modo que exerçam suas funções conforme parâmetros determinados pela lei, e não conforme suas convicções e anseios particulares (BORGES, 2014). A promulgação da Constituição Federal de 1988 se adequou a este paradigma. Trata-se de uma garantia histórica importante para o início do projeto democrático brasileiro, sobretudo, pela extensa regulação sobre direitos e garantias fundamentais (Título II), direitos sociais (Título III) e organização dos Três Poderes da República (Título IV).

Com a ampla regulação de direitos essenciais para o funcionamento do Estado democrático brasileiro, a CF/1988 inaugura, ainda que de forma não totalmente antecipada, um processo de constitucionalização da vida. Esse fenômeno, impulsionado pelas transições democráticas na região (e, por isso, também presente em outros Estados da América Latina) privilegiou textos constitucionais que depositaram parcela de responsabilidade nos aparatos judiciais para a realização dos direitos abstratos. Até então, os Poderes Judiciários da região se encontravam enfraquecidos e dependentes dos demais Poderes, em virtude dos longos períodos sob regimes autoritários. A adoção de um modelo constitucional dotado de extenso rol de direitos alterou significativamente a relação entre a sociedade e as instituições estatais, especialmente no que diz respeito ao Poder Judiciário (GALLO, 2009).

Antes da promulgação da CF/1988, a sociedade brasileira encontrava obstáculos de associação política, sendo constrangida a se organizar de forma clandestina e por meio de ações de resistência. Com o advento da Constituição de 1988, iniciou-se um processo de recuperação da organização formal da sociedade, com o principal objetivo de reivindicar direitos na esfera pública. Todavia, a significativa ampliação de direitos feita pela CF/1988 gerou lacunas entre as abstratas garantias constitucionais e a concretização desses direitos pelo Estado. Nesse contexto, o Poder Judiciário passa a ser provocado pelos atores sociais domésticos a fim de prover soluções para um número crescente de processos envolvendo matérias constitucionais.

As estatísticas do próprio Supremo Tribunal Federal demonstram o substancial aumento de casos recebidos e julgados a partir de 1988. O STF recebeu 21.328 processos em 1988. Dez anos após a promulgação da CF/1988, em 1998, esse número salta para 52.636 processos e, nos dez anos subsequentes, a quantidade de processos quase dobra, com o Tribunal recebendo 100.781 processos. Percebe-se, assim, um aumento de quase cinco vezes no volume de processos recebidos pelo STF se comparados os anos de 1988 e 2008. Quanto aos processos julgados no referido período, o incremento também é expressivo. Em 1988, o STF julgou 16.313 processos,

enquanto que, em 1998, o número salta para 51.307 e, em 2008, para 104.237. Diante disso, tem-se um aumento de mais de seis vezes no número de processos julgados pela Corte se comparados os anos de 1988 e 2008, dados que demonstram o substancial aumento das atividades do Tribunal (BRASIL, 2019).

Com relação aos anos mais recentes, a média dos processos recebidos pelo STF manteve-se próxima aos 84.000 processos anuais, enquanto que a média de processos julgados perfaz em torno de 106.000 processos por ano, dentre os quais 13,64% são decididos de forma colegiada. A Tabela 1, a seguir, apresenta a quantidade de processos recebidos, distribuídos e julgados pelo STF nos anos entre 2008 e 2018.

Tabela 1 – Movimentação processual no STF entre 2008 e 2018

Ano	Processos		Processos Julgados		Acórdãos
	Recebidos	Distribuídos	Monocráticos	Colegiados	Publicados
2018	101.497	55.201	112.218	14.535	14.391
2017	103.650	56.257	113.634	12.897	13.142
2016	90.331	57.366	102.940	14.532	13.018
2015	93.476	65.091	98.876	17.752	15.282
2014	79.943	57.799	97.358	17.070	15.649
2013	72.066	44.170	75.907	14.107	13.156
2012	73.464	46.392	77.975	12.089	11.794
2011	63.427	38.019	81.687	12.025	14.105
2010	71.670	41.014	87.815	10.714	10.814
2009	84.369	42.729	74.313	15.042	17.704
2008	100.781	66.873	85.608	18.629	19.377
Total	934.674	570.911	1.008.331	159.392	158.432
Média	84.970	51.901	91.666	14.490	14.403

Fonte: Brasil (2019).

Para além do aumento de processos em tramitação, a mobilização das cortes no Brasil, valendo-se da linguagem expansionista de direitos, impulsionou a interpretação dos direitos originalmente previstos na CF/1988. Assim, a provocação frequente dos tribunais pela sociedade civil deslocou os tradicionais centros de poder para a esfera judicial, levando as cortes a darem tratamento jurídico às questões relevantes da vida pública.

Neste contexto, as constituições contemporâneas se revelam como os principais elementos de interligação entre as esferas social e judicial. São produtos da conversão do poder constituinte originário – entendido como a atividade política em seu estado quase puro, emanado da soberania popular através do voto – em poder constituído, encarregado pela criação das instituições estatais, sujeitas à carta constitucional. Dada à relevância do documento, a constituição pode ser compreendida como uma “aquisição evolutiva” da sociedade, cuja principal função seria trazer “limitação jurídica ao governo” (SALIM; SILVA, 2016, p. 103). Ou seja, com as constituições, evita-se, em tese, a influência direta e imediata da política no direito e vice-versa.

No caso brasileiro, a Constituição de 1988 buscou também restaurar o equilíbrio de forças entre Estado e cidadãos, abrindo-se ao desenvolvimento de políticas públicas voltadas para os direitos humanos, inclusive no que se refere à participação do país no sistema internacional (BERNARDES; VENTURA, 2012). No tocante aos direitos dos cidadãos, a CF/1988 ampliou significativamente a concepção de direitos fundamentais³. Contudo, a efetivação desses direitos constitucionalmente previstos não ocorreu de forma automática ou plenamente eficaz, os quais passaram a ser objeto de reivindicações sociais. Frente tal lacuna, o Poder Judiciário passou a ser visto, por diversos setores sociais, como um novo espaço público para interpretação de valores compartilhados pela comunidade (MACIEL; KOERNER, 2002). O acionamento do Poder Judiciário, por parte desses e de novos atores legitimados, o conduziu a uma atuação mais próxima da esfera pública e, em alguns casos, da própria sociedade.

A extensa previsão de direitos fundamentais na Constituição Federal tornou atos comuns da vida social passíveis de respaldo constitucional. Tal fato possibilitou que os mais diversos tipos de litígios sociais fossem levados à apreciação do Poder Judiciário brasileiro, o que, de certa forma, compeliu alguns juízes e tribunais a reavaliar atuações estritamente técnicas para também participar, ainda que indiretamente, dos processos constitutivos da vida pública e social. A CF/1988, no entanto, não se refletiu como plataforma para mobilização de direitos apenas em razão da extensão dos direitos nela previstos, mas também pela modelagem institucional dada ao Supremo Tribunal Federal ao longo das sucessivas interpretações dadas ao texto constitucional, ao que passamos a analisar na sequência.

³ Ver arts. 5º ao 11, da Constituição Federal.

2. Protagonismo via *Design* institucional

O *design* institucional do STF, projetado pela Constituição Federal de 1988, multiplicou as funções exercidas pelo tribunal. De acordo com o texto constitucional, as atividades do STF abrangem desde o processamento e julgamento originário de relevantes demandas relacionadas ao cenário político nacional – ações de controle de constitucionalidade, infrações penais comuns dos mais altos representantes dos Poderes, litígios entre entes federados, processos de extradição, dentre outros – ao julgamento, em recursos ordinários ou extraordinários, de decisões envolvendo matérias constitucionais ou que foram proferidas pelos Tribunais Superiores e Estaduais em última ou única instância⁴.

A literatura no tema consolidou entendimento de que o STF funciona em três frentes, como se fosse “um tribunal com três *personas*”:

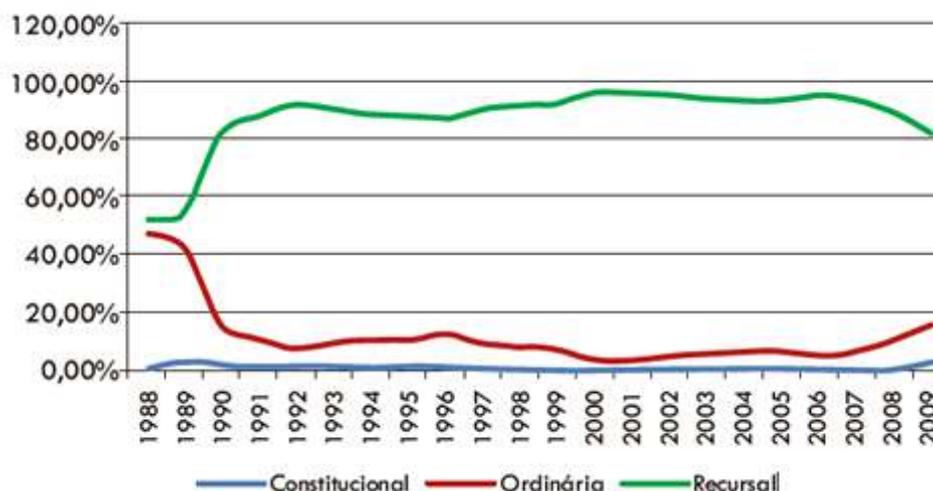
Cada uma dessas três *personas* exibe perfil e comportamento próprios, padrões processuais distintos que se manifestam em diferenças de origem dos processos, quantidade de andamentos até seu arquivamento, duração, classe processual, entre outros aspectos. (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011, p.13).

As três frentes de trabalho do STF compreendem sua atuação como: (i) tribunal constitucional, que julga, por meio da via de ações diretas, a constitucionalidade de leis e atos normativos federais e estaduais; (ii) foro especializado, responsável pelo julgamento de autoridades do alto escalão; e (iii) tribunal de apelação ou de última instância (VIEIRA, 2008).

A ampla gama de funções previstas para o STF, somada à ampliação do acesso direto ao Tribunal, gerou expectativas razoáveis de gradual intensificação e diversificação processual ao longo do tempo. O I Relatório do Supremo em Números traz evidências de que essas expectativas se concretizaram. Entre 1988 e 2009, o STF foi acessado por meio de 52 tipos de processos diferentes (FALCÃO; CERDEIRA; ARGUELHES, 2011).

⁴ Ver art. 102, da Constituição Federal.

Gráfico 1 – Proporção anual de processos por tipo de função do STF



Fonte: Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011).

A proporção de demandas julgadas anualmente pelo STF diferencia o Supremo das supremas cortes e/ou constitucionais do mundo. Vieira (2008, p. 445) destaca que essa distinção é de escala e de natureza. De escala, haja vista a diversidade e a quantidade de temas apreciados no Brasil, sobretudo em função da constitucionalização abrangente da vida social. E de natureza, pois não há qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador.

Todavia, uma das principais novidades constitucionais trazidas ao STF não diz respeito à sua tradicional atividade adjudicativa, mas ao acesso conferido ao tribunal. Antes da CF/1988, o acesso direto ao STF era limitado à figura do Procurador-Geral da República. Com o advento da carta constitucional, representantes de importantes segmentos sociais foram incluídos no rol de legitimados a acessar o tribunal, como, por exemplo, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional, os partidos políticos com representação do Congresso Nacional e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), além dos principais representantes dos Poderes Executivos e Legislativo em âmbito federal e estadual⁵.

Em vista do exposto, a Constituição de 1988 conferiu ao STF um *design* institucional ímpar, permitindo que o tribunal multiplicasse sua atuação jurisdicional em três linhas diferentes ao mesmo tempo que ampliou o acesso direto à corte. Passamos a analisar adiante razões pelas quais o STF passou a ser percebido como protagonista desde o exercício da sua função de tribunal constitucional.

⁵ Ver art. 103, da Constituição Federal.

3. Protagonismo via controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade brasileiro acumula características ligadas a dois modelos diferentes: em certas ocasiões, o STF exerce o clássico papel de “corte suprema”, como órgão de cúpula do Judiciário nacional que é responsável pela interpretação e aplicação da constituição em última instância; já em outras circunstâncias, o Supremo atua como um “tribunal constitucional”, incumbido de julgar denúncias de inconstitucionalidade de leis e atos administrativos específicos (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

A Carta de 1988 tornou o sistema de controle de constitucionalidade brasileiro híbrido, reunindo características de um típico tribunal constitucional e de um tradicional tribunal recursal de última instância. Na visão de Arguelhes e Ribeiro (2016), esse hibridismo proporcionou um extenso grau de abertura da jurisdição constitucional à sociedade, sobretudo pela extensa constitucionalização de temas sociais. Nesse contexto, o Supremo é provocado a decidir sobre relevantes assuntos de interesse público e, ao responder a essas provocações, o Tribunal, de certa forma, passa a ser percebido por alguns como influente no cenário nacional.

Como consequência da constitucionalização da vida e da expansão controle de constitucionalidade exercido pelo STF, o cálculo político e estratégico para a implementação de políticas públicas nacionais foi substancialmente impactado. Os Poderes Legislativo e o Executivo, além da tradicional preocupação com os processos de negociação e implementação de projetos de leis e de políticas públicas, passaram a ser controlados no exercício de suas funções, haja vista a possibilidade de controle judicial (geralmente posterior) de seus atos. Assim, o Judiciário, e especialmente o STF, consegue assumir relevante posição de criar um ambiente normativo (prévio e composto de julgamentos históricos acumulados) capaz de exercer, indiretamente, observação estratégica sobre aspectos fundamentais da vida pública do país.

Além disso, a ampliação dos mecanismos de controle judicial de constitucionalidade sobre as omissões legislativas se tornou um dos eixos de atuação do STF mais próximo da dimensão da vida pública e social. Dessa forma, a CF/1988 expandiu o escopo de atuação do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, no que se refere aos atores envolvidos nos processos e às ferramentas processuais disponíveis para a jurisdição constitucional, conferindo um novo ambiente normativo para os poderes e para a sociedade.

4. Protagonismo via garantias de autonomia

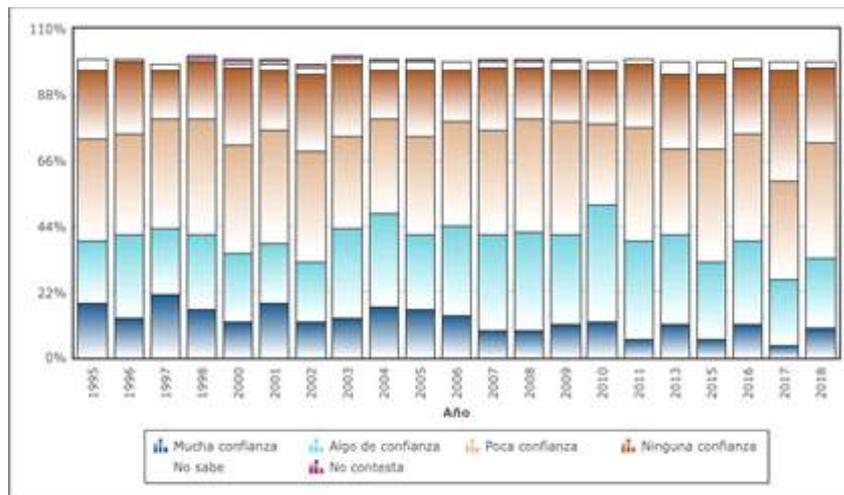
A trajetória que conduziu o STF a um suposto protagonismo também pode encontrar fundamentos nas garantias estabelecidas perante os demais Poderes. A Constituição de 1988 conferiu garantias ao Judiciário de ordem institucional e funcional. As garantias funcionais dizem respeito à vitaliciedade de posse no cargo de magistrado, à inamovibilidade do local de prestação de serviço e à irredutibilidade de remuneração. As garantias institucionais, por sua vez, tratam da autonomia administrativa e financeira do Judiciário, que foi posteriormente ampliada pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que instituiu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão responsável pelo controle administrativo, financeiro e disciplinar dos magistrados e do Judiciário.

Essas proteções constitucionais ao Judiciário e seus magistrados impedem ou dificultam retaliações por parte de outros Poderes. Arguelhes e Ribeiro (2016) asseveram, contudo, que as proteções não são absolutas, pois é possível que os Poderes eleitos alterem a composição de uma corte; modifiquem a competência de um tribunal para impedir que conflitos específicos venham a ser decididos por determinado tribunal; retaliem interpretações do tribunal constitucional por meio da edição de emendas constitucionais “superadoras” – ainda que essas estratégias sejam de substancial custo político (ARGUELHES; RIBEIRO, 2016).

Em que pese a essas possibilidades de retrocesso, normalmente, preponderam as razões pelas quais os demais Poderes respeitam as decisões do Judiciário, dentre algumas delas, a garantia de continuidade do próprio Estado de Direito, bem como a ideia de que sejam asseguradas as regras do jogo político, como os processos eleitorais e a alternância de poder (OLIVEIRA, 2012).

A existência de um Judiciário dotado de garantias constitucionais e de autonomia em relação aos demais Poderes fortalece e legitima a autoridade dos tribunais. Pesquisa recente do Instituto Latinobarómetro sobre a percepção social geral quanto à confiança nas instituições judiciais do país demonstra que, no Brasil, o Poder Judiciário teve maior confiança do povo nos anos de 1997, 2001 e 2004, quando, respectivamente, 21%, 18% e 17% dos entrevistados afirmaram ter 'muita confiança' no Judiciário. Por outro lado, 2017 foi o ano de pior avaliação popular do Judiciário nacional, época em que 37% dos entrevistados afirmaram não ter nenhuma confiança e 33%, pouca confiança no Poder Judicial brasileiro (CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO, 2018).

Gráfico 2 – Percentual de confiança da população brasileira no Poder Judiciário



Fonte: Corporación Latinobarómetro (2018)

Os resultados da pesquisa Latinobarómetro possibilitam uma associação entre a avaliação popular quanto à figura do Judiciário e a circunstância política do país em uma dada época. Em 2004, por exemplo, o país vivia o primeiro mandato do governo Lula, marcado principalmente pela manutenção da estabilidade política e econômica do país, pela retomada do crescimento, redução da pobreza e da desigualdade social. Ainda no mesmo ano, foi aprovada a Emenda Constitucional n. 45, responsável pela “Reforma do Judiciário”, a qual trouxe uma série de inovações à atividade judicial brasileira, a fim de conferir maior transparência e eficácia à prestação jurisdicional.

A Emenda Constitucional n. 45 de 2004, inclusive, é responsável pela criação do instituto processual da repercussão geral nos recursos extraordinários julgados pelo STF. O instituto da repercussão geral determina que a questão constitucional analisada nos recursos deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, ao passo que a discussão transcende ao mero interesse das partes envolvidas no processo. Ainda que a justificativa para a adoção do instituto seja a uniformização da jurisprudência e a adoção de procedimentos mais céleres, é evidente a contribuição dada pelo instituto para que o STF se debruce sobre os mais relevantes temas da vida pública nacional.

Assim, percebe-se que, apesar de a CF/1988 ter garantido autonomia ao Poder Judiciário, o que permitiu decisões inovadoras e ao mesmo tempo lastreadas no Estado de Direito, é importante reconhecer que nem sempre avanços em matéria de direito ou na produtividade dos tribunais são percebidos de forma positiva pela sociedade em geral, haja vista a coincidência de períodos de um conjecturado 'maior protagonismo' do STF com índices de menor confiança social no Judiciário nacional, como nos anos mais recentes. A explicação para esse descompasso pode

reunir uma variedade de explicações, de origens das mais diversas, como a imagem nacional da mídia sobre o tribunal, a capacidade de comunicação dos tribunais com a sociedade e, até mesmo, as trocas de informação oficial e não oficial sobre os tribunais nas redes e mídias sociais.

5. Protagonismo via Judicialização da Política

Passamos agora a analisar o argumento de que a judicialização da política levou o STF a uma trajetória de protagonismo na vida pública nacional. Ainda que existam várias formas para a sua manifestação, o fenômeno da judicialização da política é observado quando relevantes demandas políticas, sociais ou morais passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Essa mudança na forma de se pensar e praticar o direito, contudo, é observada em grande parte do mundo romano-germânico, uma vez que a estratégia político-institucional de instituir um tribunal defensor do diploma constitucional foi adotada em diversos países ocidentais de regimes políticos democráticos (BARROSO, 2012; CARVALHO, 2004).

Na visão de Carvalho (2004), seis condições contribuem para a judicialização da política e, conseqüentemente, para a expansão do poder judicial: (i) a adoção de um sistema político democrático; (ii) a separação dos poderes; (iii) a concessão e proteção de direitos políticos; (iv) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse; (v) o uso dos tribunais pela oposição política ao governo; e (vi) a inefetividade das instituições majoritárias.

Gallo (2009), por seu turno, justifica o advento do fenômeno da judicialização da política por meio do impacto das atividades desempenhadas pelos tribunais sobre as ações dos cidadãos. Além disso, acredita que a judicialização da política é caracterizada pela crescente procura pelo Judiciário na solução de demandas e tensões sociais, como no caso de fixação de direitos de grupos minoritários, de implementação de políticas públicas de saúde, dentre outros temas.

No entendimento de Barroso (2012), o fenômeno da judicialização da política decorre de causas de naturezas diversas, como a desilusão com a política tradicional majoritária, principalmente em virtude da crise de representatividade e funcionalidade nos parlamentos; o modelo de constitucionalização abrangente e analítico adotado; e o sistema de controle de constitucionalidade vigente.

O conjecturado protagonismo do Judiciário e a judicialização da política promoveriam dois níveis de inserção do STF no arranjo institucional da democracia brasileira: (i) como parte do cenário institucional, atuando como fonte de estímulos e restrições entre os diversos atores políticos e sociais do processo político decisório; e (ii) como um legítimo ator participante da vida pública. Os dois níveis, contudo, não são completamente autônomos um do outro. Da intersecção

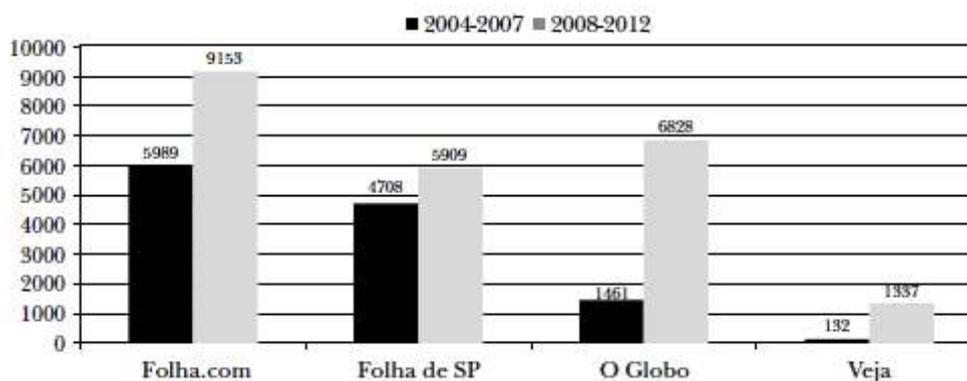
dos dois níveis, o STF atua tanto como parte das regras do jogo, ao articular os comportamentos dos atores participantes; quanto como um ator, inserido nas regras do jogo. O Tribunal, então, além de regular as relações da arena de decisão institucional, passa a também atuar dentro da própria arena (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015).

O Poder Judiciário assume, então, um papel duplo no cenário nacional: ao mesmo tempo em que se coloca como reconstrutor de direitos violados; busca suprir lacunas, como forma de efetivar os preceitos constitucionais abstratos. Tal fato revela que o Judiciário acabou se transformando em um ente ativo, capaz de concretizar direitos sociais e promover os direitos humanos, mediante a provocação estratégica de indivíduos e de atores da sociedade civil organizada (VESTENA; CUNHA; NORONHA, 2011).

Sob perspectiva diversa, para Oliveira (2012), o protagonismo do Judiciário se torna perceptível a partir da extensa cobertura midiática de suas decisões. Com base na análise do acervo de notícias dos jornais Estado de S. Paulo e Folha de São Paulo, publicadas entre os anos de 1979 e 1999, percebeu-se que a Corte deixou de ser conhecida como um órgão alheio à realidade e às necessidades do país e adquiriu a imagem de instituição de importância central para o desenvolvimento do país (OLIVEIRA, 2004 apud BORGES; ROMANELLI, 2016).

Na mesma linha, em estudo mais recente, Falcão e Oliveira (2013) examinaram o crescimento da presença do STF na mídia por meio das publicações em *websites* de três veículos de informação brasileiros (Folha, Veja e O Globo), além do jornal impresso Folha de São Paulo. Constataram que, em comparação entre os períodos de 2004-2007 e 2008-2011, houve um aumento de 89% no número total de notícias que fazem referência ao Supremo – o que demonstra a crescente e, cada vez mais, constante atenção dada pela mídia e pela sociedade às ações do STF. O gráfico, a seguir, apresenta os resultados dessa análise.

Gráfico 3 – Notícias sobre o STF



Fonte: Falcão e Oliveira (2013).

O fato de a Suprema Corte brasileira haver decidido, em última instância, a respeito de temas de substancial relevância para a vida pública justifica, em certa medida, o crescimento da atenção dada pela mídia ao Tribunal. Já foram julgados casos relacionados a pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF), liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS - caso Ellwanger), interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula vinculante nº 11), entre outros que tiveram relevante impacto na mídia e na sociedade.

Para outros, a hipótese de protagonismo do STF pode decorrer fato de que cabe ao Supremo dar entendimento final a respeito da interpretação normativa aplicável a uma caso concreto, e em algumas situações, a uma dada realidade social. Vieira (2008) apresenta o termo "supremocracia" para descrever a autoridade máxima do STF perante as outras instâncias judiciais do país, bem como criticar o que percebe como expansão de autoridade do STF:

a ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias (VIEIRA, 2008, p. 445).

Essa posição é rebatida sob o argumento de que o mero reconhecimento do fenômeno da judicialização da política não importa, necessariamente, na desmoralização político-institucional do Judiciário, assim como

o fato de a última palavra acerca da interpretação da Constituição ser do Judiciário não o transforma no único – nem no principal – foro de debate e de reconhecimento da vontade constitucional a cada tempo. A jurisdição constitucional não deve suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social, os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juizes (BARROSO, 2012, p. 16).

Assim, independentemente das granularidades perceptivas e argumentos levantados a respeito da hipótese de protagonismo do STF na vida pública do país, o que se observa, a partir do prisma da judicialização da política, são as evidências de que o sistema jurídico absorve as influências do ambiente político e as processa internamente, como forma de se rearticular e reagir às demandas e expectativas sociais de seu tempo.

Considerações finais

A trajetória contemporânea do Supremo Tribunal Federal (STF) transcorre entre marcos democráticos delineados: desde o projeto constitucional até granularidades de percepção acerca de um conjecturado protagonismo na vida pública atual. Foram identificadas cinco vias pelas quais se entende que o STF tenha sido conduzido a um lugar de destaque na vida pública do país: a constitucionalização da vida, o *design* institucional, o controle de constitucionalidade, as garantias de autonomia e a judicialização da política.

Enquanto alguns argumentam que a expansão quantitativa das atividades do Poder Judiciário o conduziu ao centro da vida política do país; outros ponderam que a transformação qualitativa das atividades do Poder Judiciário foi vetor responsável por tal protagonismo. A dimensão quantitativa de processos julgados pelo Supremo nos últimos anos pode ser entendida como resultado direto do extenso rol de competências conferido ao Tribunal pela CF/1988, pelas garantias institucionais e estruturais conferidas ao Poder Judiciário e seus magistrados, bem como pela autonomia em relação aos demais Poderes da República. No que se refere à dimensão qualitativa, o deslocamento dos debates e definições relevantes para a sociedade para os tribunais nacionais, sobretudo para o STF, possibilitaram um papel cada vez mais próximo da esfera social e, em alguns casos, da própria sociedade.

Argumentamos que a hipótese de protagonismo do STF não se deve entendida apenas à luz das mudanças trazidas pela CF/1988, mas, sobretudo, pelas ações e reações da sociedade civil organizada, que estrategicamente conduziram ações e expectativas sociais ao tribunal.

Referências

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Criatura e/ou Criador: transformações do Supremo Tribunal Federal sob a Constituição de 1988. **Revista Direito GV**, [s.l.], v. 12, n. 2, p.405-440, ago. 2016. FapUNIFESP (SciELO). <https://doi.org/10.1590/2317-6172201617>

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Supremo Individual: Mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 46, p.121-155, jan./jun. 2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Movimento Processual a partir de 1940**. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>>. Acesso em: 7 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e política no Brasil contemporâneo**. 2012. Disponível em:

<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2017. <https://doi.org/10.12957/rfd.2012.1794>

BERNARDES, Edilene Mendonça; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Direitos Humanos no Brasil: uma análise da demanda brasileira junto à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos no período de 2003 a 2010. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 1, p.65-90, 2012. Disponível em: <<http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=229&sid=22>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BORGES, Daniel Damásio. Sobre o Controle Jurisdicional da Política Externa: Notas acerca do Caso Battisti no STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 10, n. 1, p.221-244, jan./jun. 2014. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322014000100009>

BORGES, Fernanda da Silva; ROMANELLI, Sandro Ballande. Supremo espetáculo: Aproximações sobre as imagens públicas do STF. **Mediações - Revista de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 21, n. 1, p.199-235, 19 ago. 2016. Universidade Estadual de Londrina. <https://doi.org/10.5433/2176-6665.2016v21n1p199>

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em Busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 1, n. 23, p.115-126, nov. 2004. <https://doi.org/10.1590/S0104-44782004000200011>

CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. **Latinobarómetro 2018**: Confianza en el Poder Judicial. 2018. Disponível em: <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>. Acesso em: 10 maio 2020.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. **I Relatório Supremo em Números: O Múltiplo Supremo**. [s.l.]: FGV Direito Rio, 2011.

FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista?. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, [s.l.], n. 88, p.429-469, 2013. FapUNIFESP (SciELO). <http://doi.org/10.1590/s0102-64452013000100013>

GALLO, Carlos Artur. Algumas considerações sobre a judicialização da política na América Latina. **Revista Brasileira de História & Ciências Sociais**, [s.l.], v. 1, n. 2, p.1-11, dez. 2009.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da Judicialização da Políticas: Duas Análises. **Lua Nova**, [s.l.], v. 1, n. 57, p.113-134, jan. 2002. <https://doi.org/10.1590/S0102-64452002000200006>

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, [s.l.], v. 27, n. 80, p.89-115, out. 2012. <https://doi.org/10.1590/S0102-69092012000300006>

SALIM, Jacqueline Malta; SILVA, Juvêncio Borges. Relação entre direito e política sob a perspectiva de Niklas Luhmann: parâmetros para atuação política do Judiciário. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, [s.l.], v. 8, n. 1, p.94-107, 15 abr. 2016. UNISINOS - Universidade do Vale do Rio Dos Sinos. <http://doi.org/10.4013/rechtd.2016.81.10>

VESTENA, Carolina Alves; CUNHA, José Ricardo; NORONHA, Rodolfo. Judicialização da política e Sistema Interamericano de Direitos Humanos: uma investigação empírica da atuação das organizações da sociedade civil. **Revista Direito e Práxis**, [s.l.], v. 2, n. 2, p.181-212, 28 set. 2011. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2011.2081>.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**, v. 2, n. 4, p.441-464, jul./dez. 2008. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA PONDERAÇÃO DE ROBERT ALEXY NO HABEAS CORPUS 124.306

Faculdade de Direito do Sul de Minas

Bruno Laércio de Melo
Rafael Lazzarotto Simioni

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo o estudo da aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy usando como caso paradigmático o Habeas Corpus 124.306. A primeira etapa deste trabalho consiste em uma breve abordagem da teoria da ponderação. Adiante, analisaremos a aplicação da teoria feita pelo ministro Luiz Roberto Barroso em sede de voto em habeas corpus. Este trabalho utiliza bibliografia referente a teoria como metodologia. Para tanto, é utilizado bibliografia que estabelece didaticamente a aplicação da teoria da ponderação em cinco etapas.

Palavras-chave: HC 124.306 – Teoria da Ponderação – STF – Robert Alexy.

ABSTRACT: The present work aims to study the application of Robert Alexy's weighting theory using the Habeas Corpus 124,306 as a paradigmatic case. The first stage of this work consists of a brief approach to weighting theory. Below, we will analyze the application of the theory made by Minister Luiz Roberto Barroso in the vote of habeas corpus. This work uses bibliography referring to theory as a methodology. For this purpose, a bibliography is used that didactically establishes the application of the weighting theory in five stages.

Keywords: HC 124.306 - Weighting Theory - STF - Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A teoria da ponderação de Robert Alexy tem sido utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Este trabalho se propõe a analisar o Habeas Corpus com pedido de concessão de medida cautelar impetrado em face de acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do Remédio 290.341/RJ, da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. O HC trata-se de pacientes que mantinham clínica de aborto, sendo que foram presos em 14 de março de 2013 pelos crimes de aborto e formação de quadrilha de quadrilha, ambos tipificados respectivamente nos artigos 126 e 288 do Código Penal.

Em 21 de março de 2013, o Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ concedeu a liberdade provisória dos pacientes, porém em 25 de fevereiro de 2014 a 4ª Câmara

Criminal proveu recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para decretar a prisão preventiva dos pacientes. O fundamento utilizado Parquet foi a garantia da ordem pública e na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal. Por sua vez, a defesa impetrou HC no STJ que não foi conhecido pela Corte. Com os devidos fundamentos, a Corte examinou o mérito e decidiu que o encarceramento não era ilegal. Em 8 de dezembro de 2014 o Ministro Marco Aurélio, relator no caso paradigmático, deferiu a medida cautelar pleiteada sendo que em junho do ano seguinte estendeu os efeitos para os demais corréus. Este trabalho pretende aplicar as etapas em que a teoria da ponderação se propõe e se a mesma foi devidamente aplicada no caso em tela. Assim, com a utilização da análise bibliográfica da teoria, bem como a utilização bibliográfica de autores que ao propósito de explicar a teoria da ponderação, assim o faz. A estrutura do trabalho se inicia com uma abordagem sobre a teoria e suas etapas. A seguir, o trabalho faz um paralelo com a aplicação da teoria da Ponderação feita pelo ministro Marco Aurélio. Por fim, a conclusão traz ao conhecimento do leitor a análise das etapas no caso concreto.

ANORMA FUNDAMENTAL

Robert Alexy teve sua primeira grande contribuição ao apresentar ao mundo sua tese de PhD em 1976, era a sua teoria da interpretação jurídica. Outra grande contribuição de Alexy veio 1985, agora era a teoria dos direitos fundamentais. Desde os primórdios de suas publicações, Alexy procurou aproximar o direito e a filosofia, aproximando discursos jurídicos e os discursos práticos (SIMIONI, 2018, p.233).

A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma “teoria ideal dos direitos fundamentais”. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação desse ideal (ALEXY, 2006, p.65).

A maioria das constituições possuem um rol de direitos fundamentais e cabe a ciência jurídica a interpretação de tal rol. Todavia, é comum encontrarmos colisões entre esses princípios. O conceito de colisão pode ser entendido estrito ou amplamente. Se é compreendido estritamente trata-se de colisões entre princípios fundamentais. Se é compreendido em sentido amplo são colisão entre direitos fundamentais e normas ou princípios (ALEXY, 1999, p.268).

A teoria da argumentação se propôs a resolver o problema criado pela indeterminação da norma fundamental. O objetivo aqui era introduzir elementos externos, princípios e valores exteriores ao ordenamento jurídico por meio da argumentação jurídica (SIMIONI, 2018, p.238).

Assim, forma criadas várias distinções, entre elas a distinção de casos fáceis e casos difíceis. Para os casos fáceis, a mera aplicação do direito bastaria. Para os casos difíceis, justifica-se a escapada

da mera aplicação do direito e buscar elementos externos, fundamentos morais e políticos que seriam usados na decisão jurídica por meio da argumentação. Outra distinção importante foi a de regras e princípios.

Essa distinção é a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais e uma chave para a solução de problemas centrais da dogmática dos direitos fundamentais. Sem ela não pode haver nem uma teoria adequada sobre restrições a direitos fundamentais, nem uma doutrina satisfatória sobre colisões, nem uma teoria suficiente sobre o papel dos direitos fundamentais no sistema jurídico. Essa distinção constitui um elemento fundamental não somente da dogmática dos direitos de liberdade e igualdade, mas também dos direitos a proteção, a organização e procedimento e a prestações em sentido estrito (ALEXY, 2006, p.85).

As regras seriam usadas através da norma para regular. Para elas não há medidas para sua aplicação. Em outros termos, deverá ser ou não aplicada. Os princípios, por sua vez, são ordens (SIMIONI, 2018, p.239). A busca por decisões jurídicas que ultrapassem o mero formalismo se tornou necessário, Alexy buscou “moralizar o formalismo da decisão jurídica” (SIMIONI, 2018, p.240), porém sem retroceder ao método jusnaturalista uma vez que o Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo assim exigia.

Há diversos critérios para se distinguir regras e princípios. Provavelmente aquele que é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo (ALEXY, 2006, p.87).

A racionalidade buscada por Alexy deveria seguir necessariamente etapas para que a vinculação da dogmática jurídica fosse capaz de orientar a questões práticas com racionalidade. Essas etapas são a Dimensão Analítica, Empírica e Normativa da Dogmática Jurídica. Essa vinculação deveria ser do seguinte modo:

Para se poder encontrar a resposta correta do direito, é necessário, primeiro, conhecer o direito positivamente válido – tarefa da dimensão empírica; mas só o conhecimento do direito positivamente válido não é suficiente nem para justificar juízos concretos de dever, tampouco para justificar a aplicação de uma norma jurídica em detrimento de outra potencialmente aplicável. Por esse motivo, torna-se necessário recorrer a valorizações adicionais, que são realizadas por meio de argumentos suplementares – tarefa da dimensão normativa. Conhecer o direito positivamente válido – dimensão empírica – e saber fundamentar argumentativamente juízos de valor – dimensão normativa – não é, contudo, suficiente para as exigências de objetividade e racionalidade da decisão. Pois torna-se necessário também cuidar dos aspectos lógicos da não contradição e da coerência entre os conceitos e pressupostos. A dogmática jurídica deve evitar problemas lógicos e realizar sistematizações conceituais simples e objetivas – tarefa da dimensão analítica (SIMIONI, 2018, p.242).

Para Alexy, os discursos jurídicos justificam a aplicação de determinada norma ao caso concreto. Partindo dessa premissa, não se busca um resultado ao caso concreto, mas sim procedimentos que garantam racionalidade e objetividade a aplicação normativa em face ao caso concreto. Portanto,

“a proposta procedimentalista é renunciar à pretensão de justificação baseada em princípios substanciais e substituí-la por uma justificação baseada no cumprimento de procedimentos de discussão racional” (SIMIONI, 2018, p.248).

A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela tem ainda uma outra qualidade que, para os problemas teórico, constitucionais que devem aqui ser considerados, é de grande significado. Ela possibilita um meio termo entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade. Em uma constituição como a brasileira, que conhece numerosos direitos fundamentais sociais generosamente formulados, nasce sobre esta base uma forte pressão de declarar todas as normas que não se deixam cumprir completamente simplesmente como não vinculativas, portanto, como meros princípios programáticos. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível. Ela declara as normas que não se deixam cumprir de todo como princípios que, contra outros princípios, devem ser ponderados e, assim, são dependentes de uma "reserva do possível no sentido daquilo que o particular pode exigir razoavelmente da sociedade". Com isso, a teoria dos princípios oferece não só uma solução do problema da colisão, senão também uma do problema da vinculação (ALEXY, 1999, p.279).

A concepção procedimentalista à qual Alexy se filia, apresenta uma única resposta correta apresentada ao caso concreto. Esta resposta correta a ser perseguida é aquela que enfrenta um procedimento racional e a busca pela aproximação do real ao ideal fundamenta a racionalidade do discurso, assim evitando resultado polarizados como certo e errado.

A concepção procedimentalista de correção apresenta o ideal da única resposta correta no direito como im objetivo a ser seguido, não como um dado ontológico absoluto que deve ser encontrado. A ideia é que as regras do discurso sejam, na medida do faticamente possível, cada vez mais aproximadas. A ideia é que se trabalhe em uma constante aproximação entre o ideal e o real. O resultado disso é um consenso que garante níveis bem mais altos de racionalidade do que o recurso a justificações baseadas em teorias substancialistas. (SIMIONI, 2018, p.268-269).

Quanto aos princípios, a interpretação pautada neles possuem peculiaridades e especialmente dificuldades que merecem uma especial observação. O grau de abstração pelo qual a estratégia de interpretação pelos princípios é expressivamente grande. Além do mais, Alexy destaca a abstração da jurisprudência que trata de direitos fundamentais. Os direitos fundamentais e sua carga principiológica necessita que argumentação jurídica ultrapasse os limites dos discursos e alcance os discursos práticos e nesse sentido os direitos fundamentais constituem a mediação necessária (SIMIONI, 2018, p.272-273).

A distinção entre normas jurídicas e princípios é de difícil discernimento na prática jurídica. Assim, Alexy se dedica a criar um critério rigoroso, objetivo e seguro para diferenciação entre eles. A distinção surgiu na medida em que as próprias constituições passaram a positivizar os direitos e garantias fundamentais, além daqueles princípios gerais do direito que não estão implícitos no texto legal. Para Alexy, “os princípios são os princípios positivados no direito, em especial os princípios de direitos fundamentais previstos nos textos legais constitucionais e os

deles indiretamente deduzíveis” (SIMIONI, 2018, p.274). Assim, “normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais” (ALEXY, 2006, p.65).

Alexy considera os princípios como mandados de otimização, ou seja, são normas jurídicas com alto grau de aplicabilidade. Não se avalia a aplicação ou a não aplicação do princípio. Sua aplicação é realizada pois é um mandado, o que se avalia é a qualidade de sua aplicação, a medida de satisfação ou insatisfação da aplicação daquele princípio. Para os princípios é possível se visualizar graduações em sua aplicação (ALEXY, 2006, p.90). Diferentemente dos princípios, as regras não aceitam graduação em seu cumprimento. Para as regras, a aplicação existe ou não existe. Enquanto os princípios são mandados de otimização, as regras são mandados de determinação (SIMIONI, 2018, p.276-277).

Exatamente dessa concepção de princípios como mandados de otimização/ponderação resultam os famosos princípios da reserva do faticamente possível e do não retrocesso social. Isso porque os princípios não são regras que devem ser integralmente cumpridas, mas sim mandamentos que exigem o maior grau de cumprimento possível, tendo em vista as possibilidades fáticas e jurídicas. Os princípios são mandamentos de que eles deverão ser otimizados para a sua aplicação no caso concreto. Os princípios são em última análise, mandados de ponderação (SIMIONI, 2018, p.277).

No paradigma do Estado Democrático de Direito, os conflitos entre princípios fundamentais e entre regras são comuns. Quanto ao conflito dessas, Alexy propõe a seguinte solução: mediação realizada por intermédio de uma cláusula de exceção ou mediante a declaração de invalidade de uma das regras em conflito. Em relação aos princípios, essas regras não são aplicáveis uma vez que são mandados de otimização. Nesse caso, os princípios em colisão são afastados, não invalidados. O critério utilizado para tal afastamento é o peso de um princípio em relação a aquele em colisão, ponderando que diferentemente do caso em abstrato, no caso concreto, os princípios possuem pesos diferentes (SIMIONI, 2018, p.282-283).

A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, estabelecimento das relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro (ALEXY, 2006, p.96).

Para Alexy, a ponderação dos princípios está ligada a máxima da proporcionalidade. A máxima da proporcionalidade seria uma regra e não um princípio, isso porque a proporcionalidade não contém nenhum mandado de otimização. A máxima da proporcionalidade se divide em três máximas parciais: adequação, necessidade, proporcionalidade em sentido estrito (SIMIONI, 2018, p.284).

A adequação é o meio necessário para atingir a finalidade exigida por um princípio jurídico.

Ocorre nas seguintes situações:

Quatro situações podem ocorrer nesse juízo de adequação: a) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio e não produz interferências em outro ou outros princípios; b) o meio empregado para atingir a finalidade é adequado para a finalidade do princípio, mas produz interferências em outro ou em outros princípios; c) o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e ainda produz interferências em outros princípios (SIMIONI, 2018, p.284).

Enquanto “a máxima da adequação justifica o afastamento dos meios que afetam ou prejudicam a realização das finalidades exigidas por outros princípios” (SIMIONI, 2018, p.284), a máxima da necessidade, em uma situação de conflito entre princípios, afasta aqueles que impedem que os princípios obtenham êxito. Para que seja realizada a etapa da necessidade, deve se observar se o juízo de adequação foi realizado. Assim, não havendo possibilidade de otimização dos meios para que determinados princípios que se encontram em colisão atinjam suas respectivas finalidades, o juízo de necessidade torna-se necessário. O juízo de necessidade faz com que todos os princípios que se encontram em colisão sejam aplicados. A aplicação nessa etapa pode ser reduzida gradualmente, isso iria de encontro ao próprio conceito e modo de aplicação dos princípios por Alexy. Porém, em vista da situação excepcional de colisão de princípios, a redução gradual é permitida nessa etapa do juízo de ponderação. Na segunda etapa, o juízo de necessidade, a situação de graduação na aplicação dos princípios de forma que o eles não frustrem uns aos outros, um princípio deverá ser escolhido em detrimento do outro. Portanto, essa etapa do juízo de necessidade consiste na justificação da escolha de um princípio em detrimento de outro princípio. Importa ressaltar que o princípio deve ser afastado no momento em que um implica diretamente no cumprimento de outro, mesmo que ambos sejam possíveis de aplicação (SIMIONI, 2018, p.288-289).

A justificação na qual fundamenta a decisão de optar por um princípio em detrimento de outro deve ser feita segundo a proporcionalidade em sentido estrito.

A proporcionalidade em sentido estrito é a exigência de realizar uma ponderação entre as diversas soluções jurídicas possíveis para um caso concreto. O fundamento dessa exigência de ponderação está no próprio fato de que o direito não é livre de colisões e a busca da única decisão jurídica correta não é uma tarefa fácil, que decorra da simples subsunção do caso na lei positiva. Sempre existem duas ou mais possibilidades jurídicas de decisão igualmente válidas (SIMIONI, 2018, p.289-290).

Para que se torne didático e de fácil compreensão, Rafael Lazzarotto Simioni sistematizou em cinco etapas a ponderação. Importa ressaltar que a ponderação só será realizada no momento em que máxima da adequação e da necessidade tiverem sido realizadas bem como por um órgão competente para tal, ou seja, uma corte constitucional (ALEXY, 1999, p.273). A compreensão das cinco etapas sistematizadas pelo autor é de extrema importância para esse trabalho uma vez que através da aplicação das mesmas é que será possível analisar a aplicação da teoria da ponderação

no caso paradigmático.

A ponderação então pode ser sistematizada em cinco etapas: a) identificação dos princípios em estado de colisão; b) comprovação do grau de não satisfação de um princípio diante da satisfação do outro ou de outros; c) comprovação da importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto; d) comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação de um dos princípios e uma menor importância na satisfação do outro ou dos outros – que antes Alexy apresentava como uma necessidade de indicação das condições de precedência de um princípio em relação ao outro; e e) indicação das consequências sobre as condições de precedência, que dizer, indicação das consequências da dotação de um maior peso para um princípio e não para outro (SIMIONI, 2018, p.292).

A condição de precedência de um princípio em face do outro é estabelecida por Alexy através de uma fórmula peso. A fórmula proposta pelo autor, propõe que seja estabelecido grau de violação de um princípio frente a outro ou outros. Se ao término da aplicação da fórmula, não se encontrar um resultado que justifique o afastamento de determinado princípio, Alexy propõe um maior fracionamento do peso atribuído (SIMIONI, 2018, p.297).

A justificação do enunciado de preferências deve demonstrar, portanto, que a importância da satisfação das exigências normativas de um princípio é maior do que não satisfação do outro. O que se deve justificar, portanto, é a diferença entre o grau de satisfação dos dois ou mais princípios em colisão. A justificação deve fundamentar uma diferença entre a importância da satisfação do princípio preferido e a importância da satisfação do princípio preterido. Exatamente nessa diferença está a exigência de justificação que a decisão jurídica deve realizar para que sua ponderação seja considerada racional (SIMIONI, 2018, p.301).

Portanto, a lei da ponderação estabelece uma situação de igualdade entre os princípios ponderados de tal modo que as preferências sejam justificadas de forma racional. Assim, não é cabível subjetivismo uma vez a fórmula peso seja aplicada a todos os princípios colidentes de forma igual.

A última etapa estabelecida pela teoria da ponderação é indicação das consequências da escolha de determinado princípio em detrimento de outro ou de outros. A indicação de consequências faz parte do processo de justificação da escolha de determinado princípio e da não escolha de outro. As consequências devem ser totalmente justificadas sob as circunstâncias do caso concreto. Portanto, a justificação de precedência só pode ser construída de forma exclusiva para determinado caso concreto através da argumentação jurídica, juntando argumentos positivistas a argumentos morais, discursos jurídicos e discursos práticos gerais (SIMIONI, 2018, p.304)

Feito breves abordagens a respeito da teoria de Robert Alexy, passamos a segunda parte desse trabalho. Nessa segunda etapa do trabalho trataremos de abordar o acordo paradigmático. O caso em pauta trata-se de discutir a tipificação penal do crime de aborto, logo, a proteção da vida do feto. Por outro lado, a criminalização do aborto antes do primeiro trimestre de gestação viola

diversos direitos fundamentais da mulher. Assim se deu o choque de princípios dos quais necessitou de ponderação. A análise do voto do ministro Luís Roberto Barroso se dá a luz da teoria da ponderação, portanto há pertinência com este trabalho.

O VOTO DO MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO

O voto do ministro se inicia com uma breve abordagem dos fatos. Essa abordagem não será feita nessa etapa do trabalho pois já foi feita anteriormente. Passado a análise do mérito através de vias de argumentação jurídica, as quais apesar de serem necessárias a racionalidade da teoria de Alexy, para este trabalho não possui tamanha relevância devido ao objetivo pelo qual o trabalho se propõe a cumprir.

Em segundo momento, o ministro examina a própria constitucionalidade do tipo penal imputado aos pacientes e corréus. Barroso alega ser inconstitucional a tipificação penal que criminaliza a conduta do aborto até o primeiro trimestre de gestação. Mesmo saindo em defesa da vida do feto, também vislumbra violação ao direito das mulheres. Assim se inicia os argumentos decorrentes da aplicação da teoria da ponderação no caso.

O tópico de número 1 possui o título de “Violação a direitos fundamentais das mulheres”. Nesse tópico, o ministro faz uma incursão na teoria geral dos direitos fundamentais. a premissa é a de que durante a história da humanidade, o indivíduo se afirmou frente a poderes como o político, econômico e religioso sendo a conquista dos direitos fundamentais incorporados ao ordenamento constitucional o produto desse enfrentamento. Assim, os direitos fundamentais, na visão do ministro, “vinculam todos os Poderes estatais, representam uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral e funcionam como uma reserva mínima de justiça assegurada a todas as pessoas” (BARROSO, p.6)

Ainda no mesmo tópico do voto, o ministro aponta as características dos direitos fundamentais.

Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Isso significa que eles funcionam como limite ao legislador e até mesmo ao poder constituinte reformador (CF, art. 60, § 4º)⁹. Além disso, são eles dotados de aplicabilidade direta e imediata, o que legitima a atuação da jurisdição constitucional para a sua proteção, tanto em caso de ação como de omissão legislativa (BARROSO, p.6).

Superados a abordagem inicial do voto, ainda no tópico 1, a evocação a teoria da ponderação é realizada. Para tanto, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade são evocados.

A aplicação da teoria ao caso prático acontece ainda no mesmo tópico. Em colisão encontram-se diversos princípios fundamentais que protegem a mulher por sua essência, em sede do voto, é apresentado o princípio da dignidade humana como aquele em que está sendo violado.

Realizando o juízo de adequação ao caso concreto, o voto traz os seguintes argumentos:

Na verdade, o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência. Deixe-se bem claro: a reprovação moral do aborto por grupos religiosos ou por quem quer que seja é perfeitamente legítima. Todos têm o direito de se expressar e de defender dogmas, valores e convicções. O que refoge à razão pública é a possibilidade de um dos lados, em um tema eticamente controvertido, criminalizar a posição do outro. (BARROSO, p.14-15).

Realizado o juízo de adequação, o resultado para ele é o de que “o meio empregado para atingir a finalidade não é adequado para a finalidade do princípio e ainda produz interferência em outro princípio” (SIMIONI, 2018, p.284). Realizado o juízo de adequação, o voto faz seu juízo de necessidade. São as palavras do ministro Barroso:

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade (BARROSO, p.17).

Necessária a aplicação da ponderação, remetemos as etapas que foram didaticamente numeradas e que neste trabalho já foram apresentadas, encontramos os princípios que se encontram em estado de colisão. Por um lado, encontram-se os princípios da proteção da vida do feto e o princípio da aplicação da lei penal. De outro lado estão os princípios da violação da autonomia da mulher, violação do direito à integridade física e psíquica, violação aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, violação à igualdade de gênero. Assim conclui-se que a primeira etapa da aplicação da teoria foi adequadamente realizada, visto que os princípios em estado de colisão são princípios fundamentais. A segunda etapa da aplicação da teoria é a comprovação do grau de não satisfação de um princípio frente a satisfação de outro princípio. Quanto a violação à autonomia da mulher, a fundamentação do voto segue o mesmo sentido. Primeiramente a criminalização viola a autonomia da mulher protegido pelo princípio da dignidade humana. Em decorrência da

violação da autonomia da mulher sobre sua e suas vontades, Barroso faz a seguinte reflexão: Pode o Estado fazer do útero de uma mulher um instrumento a serviço da sociedade? Obviamente a sociedade não pode interferir na vontade da mulher nos primeiros meses da gestação. Em relação a violação do direito à integridade física e psíquica, a criminalização afeta os direitos ao qual é resultado, seja saúde, seja segurança. Não menos importante, a integridade psíquica é de fundamental conservação uma vez que a punição advinda da criminalização punirá a mulher por passar por um momento traumático por natureza. O voto segue na defesa da proteção aos direitos sexuais e reprodutivos da mulher, esses são direitos relacionados a autonomia da mulher bem como a sua saúde. Quanto a esses argumentos, são as palavras do autor do voto:

A criminalização viola, também, os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que incluem o direito de toda mulher de decidir sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência, bem como de obter o maior grau possível de saúde sexual e reprodutiva. A sexualidade feminina, ao lado dos direitos reprodutivos, atravessou milênios de opressão. O direito das mulheres a uma vida sexual ativa e prazerosa, como se reconhece à condição masculina, ainda é objeto de tabus, discriminações e preconceitos. Parte dessas disfunções é fundamentada historicamente no papel que a natureza reservou às mulheres no processo reprodutivo. Mas justamente porque à mulher cabe o ônus da gravidez, sua vontade e seus direitos devem ser protegidos com maior intensidade (BARROSO, p.10).

Por fim, esta etapa encontra sua última fase. A criminalização quebra a igualdade de gênero. A posição histórica de subordinação das mulheres em relação ao mundo predominantemente patriarcal possui suas várias facetas de desigualdade, desigualdade socioeconômica entre os gêneros promovendo exclusão e discriminação quanto ao papel da mulher na sociedade.

Passados a segunda etapa da aplicação da teoria da ponderação, a terceira etapa se inicia. Analisado o voto do ministro Barroso, constatou-se que esta etapa de aplicação da teoria da ponderação não foi realizada. A única e breve menção a importância do princípio da proteção a vida potencial do feto é realizada no parágrafo 12 do voto em questão. Sobre tal, as seguintes alegações foram feitas.

No caso aqui analisado, está em discussão a tipificação penal do crime de aborto voluntário nos arts. 124 a 126 do Código Penal, que punem tanto o aborto provocado pela gestante quanto por terceiros com o consentimento da gestante. O bem jurídico protegido – vida potencial do feto – é evidentemente relevante. Porém, a criminalização do aborto antes de concluído o primeiro trimestre de gestação viola diversos direitos fundamentais da mulher, além de não observar suficientemente o princípio da proporcionalidade (BARROSO, p.5).

Não sendo possível realizar a análise desta etapa da aplicação da teoria da ponderação devido a inexistência de argumentação que comprovasse a importância da satisfação de todos os princípios em colisão no caso concreto, avançaremos a quarta etapa da sistematização da teoria da ponderação. Superada a terceira etapa da ponderação, a quarta etapa se estabelece com a comprovação dos motivos que justificam a consideração de uma maior importância na satisfação

de um dos princípios e uma menor importância na satisfação de outro. O voto paradigmático traz os seguintes argumentos para fundamentar tal necessidade teórica.

De um lado, já se demonstrou amplamente que a tipificação penal do aborto produz um grau elevado de restrição a direitos fundamentais das mulheres. Em verdade, a criminalização confere uma proteção deficiente aos direitos sexuais e reprodutivos, à autonomia, à integridade psíquica e física, e à saúde da mulher, com reflexos sobre a igualdade de gênero e impacto desproporcional sobre as mulheres mais pobres. Além disso, criminalizar a mulher que deseja abortar gera custos sociais e para o sistema de saúde, que decorrem da necessidade de a mulher se submeter a procedimentos inseguros, com aumento da morbidade e da letalidade. De outro lado, também se verificou que a criminalização do aborto promove um grau reduzido (se algum) de proteção dos direitos do feto, uma vez que não tem sido capaz de reduzir o índice de abortos. É preciso reconhecer, porém, que o peso concreto do direito à vida do nascituro varia de acordo com o estágio de seu desenvolvimento na gestação. O grau de proteção constitucional ao feto é, assim, ampliado na medida em que a gestação avança e que o feto adquire viabilidade extrauterina, adquirindo progressivamente maior peso concreto. Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (*e.g.*, problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização (BARROSO, p.16).

Com os devidos argumentos que justificam a precedência de alguns princípios em prol de outros, o voto conclui mais uma etapa da aplicação da teoria da ponderação. A quinta e última seria o próximo passo a ser tomado para uma aplicação correta da teoria da ponderação. A quinta etapa da teoria trata de indicar as consequências sobre as condições de procedência. Ao analisar o voto do ministro Barroso, sendo ele paradigmático para o presente trabalho bem como para o caso concreto uma vez que prevaleceu sobre os demais argumentos, certifica-se que mais uma etapa da teoria não foi realizada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação da teoria da ponderação de Robert Alexy feita em sede de voto pelo ministro Luiz Roberto Barroso, apesar de não respeitar algumas etapas, cumpriu efetivamente com o que se propôs. É verdade que se trata de um voto, portanto, possui como característica essencial a defesa de uma posição. Sob essa ótica, a tendência é que se defenda uma posição em prol de outra. A teoria da ponderação não foi criada em para que posicionamento pautados ideologicamente prevaleça. A teoria da ponderação se propõe a encontrar racionalidade em uma decisão jurídica através do processo pelo qual o argumento é submetido. Para que a decisão seja proporcional e racional, o rito estabelecido por Alexy deve ser rigorosamente respeitado.

Quanto a decisão de mérito, fato é que países com alto nível de desenvolvimento humano tomam decisões semelhantes. O voto do ministro Barroso cita países como Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália como aqueles

pioneiros. O voto ainda suplica pela criação de políticas públicas de combate ao aborto distante das vias criminais bem como pela criação de políticas públicas de apoio aquelas mulheres que enfrentam um momento tão complexo e cruel para si e para suas proles. Obviamente o caminho a ser percorrido é longo e árduo, uma vez que vivemos em um país conservador de costumes patriarcais e a mudança de pensamento social se torna de grande dificuldade.

O passo tomado pelo ministro se torna um marco inicial para tal mudança e talvez seja necessário. A questão que envolveu esse trabalho não foi em si o conteúdo do voto nem tão pouco o resultado final da sentença, a questão que envolveu esse trabalho tratou da aplicação da teoria da ponderação no caso concreto. Para tal, há de se observar o descumprimento de etapas de extrema importância e que poderia ou não ter mudado os rumos da sentença. Além do mais, se observa uma tentativa de inovação nos rumos do ordenamento jurídico com a tentativa de implementação de ideias exteriores a própria realidade do país e para que isso aconteça, foi aplicado uma teoria da maneira em que lhe fosse conveniente bem como com resultado previsto. A vontade do julgador ultrapassou novamente os limites da isonomia e usou de um argumento para que determinado resultado se fundamentasse. A teoria da ponderação, uma vez procedimentalista, não se importa com o resultado final da sentença, mas sim como o procedimento racional pela qual foi submetida. No caso paradigmático tal premissa não respeitada como deveria ter sido.

Por fim, este trabalho conclui que a aplicação da teoria da ponderação feita no caso concreto em sede de voto do ministro Barroso na decisão de habeas corpus foi realizado de forma parcial. Quanto a sua efetividade, a parcialidade da aplicação da teoria não é suficiente para se atingir a racionalidade necessária a uma sentença judicial de tamanha importância. Alexy é enfático em defender a racionalidade de uma decisão fundamentada na teoria da ponderação desde que esta respeite todas etapas pré-estabelecidas. Portanto, tal decisão não aplicou a teoria da ponderação uma vez que a racionalidade não foi alcançada.

REFERÊNCIAS

Livros

ALEXY, Robert. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Teoria dos Direitos Fundamentais. 5ª edição. Malheiros Editores. São Paulo; 2006.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. Curso de Hermenêutica Jurídica Contemporânea. Do positivismo clássico ao pós positivismo contemporâneo. Editora Juruá. Curitiba; 2014.

Artigos em publicações periódicas

ALEXY, Robert. Tradução Luís Afonso Heck. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Revista de Direito Administrativo.

1999. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47413>> Acesso em: 10 fev. 2020.

ALEXY, Robert. Tradução Luís Afonso Heck. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia, e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. 1999. Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70952/40290>> Acesso em: 10 fev. 2020.

Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306. Ano 2016. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj5072_kMrnAhUBH7kGHU2nBrQQFjAAegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fwww.stf.jus.br%2Farquivo%2Fcms%2FnoticiaNoticiaStf%2Fanexo%2FHFC124306LRB.pdf&usg=AOvVaw1IByxnBl-c6TGwFAfNsfQD> Acesso em: 11 de fev. 2020.

A LEGITIMAÇÃO DO ATIVISMO JUDICIAL

THE LEGITIMATION OF JUDICIAL ACTIVISM

Luís Pedro Lima¹

RESUMO: O presente artigo dedica-se a enfrentar o ativismo judicial sob o viés de uma atuação legítima e corroborada pela própria Constituição Federal, uma vez que é concebida como um sistema aberto de regras e princípios, o que permite, portanto, a utilização da discricionariedade judicial como um meio inerente à sua eficácia.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Regras e princípios. Discricionariedade.

ABSTRACT: This article is dedicated to facing judicial activism under the bias of a legitimate performance and corroborated by the Federal Constitution itself, since it is conceived as an open system of rules and principles, which allows, therefore, the use of judicial discretion as a means inherent to its effectiveness.

Key-words: Judicial activism. Rules and principles. Judicial discretion.

1. INTRODUÇÃO

Há relevantes insurgências no que concerne à atuação ativa do Poder Judiciário diante de situações inconcebidas pelo ordenamento jurídico configuradas pela incapacidade de oferecimento de uma solução “pré-pronta” à demanda, ou seja, aquela apta a ser resolvida por meio da mera subsunção. Dá-se a isso o nome do que ficou conhecido como ativismo judicial, cuja origem remonta à jurisprudência norte-americana, merecendo, aqui, ser rememorado o posicionamento do então juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes Jr., quando afirmou que a antiga tradição legal fundada essencialmente no formalismo não deveria mais prosperar, sobretudo pela ideia defasada de que o julgador funcionaria essencialmente como uma máquina de subsunção legal (*calculating machine*), porquanto não possuía uma postura atuante, desprovida, portanto, de qualquer atuação discricionária (POSNER, 1983, p. 3).

¹ Mestrando em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor Titular da Graduação em Direito da Unime Lauro de Freitas (BA). Advogado

Nessa visão eminentemente formalista, os juízes eram meros transmissores passivos da legislação em vez de criadores, o que contrasta frontalmente com a noção desenvolvida pelo próprio Holmes de *living Constitution*, isto é, aquela Constituição que deve ser desenvolvida numa acepção que permita à sua compatibilização com a própria sociedade (POSNER, 1992, p. xii).

No Brasil, essa realidade não discrepa quando se tem uma Constituição que consagra um rol de direitos e garantias fundamentais e, num outro lado, se tem a questão de inefetividade de tais direitos, seja por falta de concretização legislativa, seja pela ausência de políticas públicas hábeis a tanto. Por tal razão, o Poder Judiciário é constantemente acionado para solver essas questões decorrentes de inefetividade.

2. O ATIVISMO JUDICIAL

Constantemente o Poder Judiciário é instado a se pronunciar sobre os mais variados temas postos *sub judice*. O pronunciamento almejado pelos jurisdicionados é aquele, portanto, que diga respeito à aplicação do direito ao caso concreto, até porque a incumbência primacial da jurisdição consiste justamente na aplicação da lei (aqui, concebida sob um aspecto amplo) diante de uma lide.

Ninguém aciona aquele nobilitado Poder em busca de meros juízos valorativos desprovidos de caráter coercitivo, e sim de uma solução prática, hábil, assim, a por fim ao conflito de interesses decorrente de relações intersubjetivas, aplicando-se o melhor direito ao caso.

Sucedo que esse acionamento do Judiciário é sujeito à ideia da *ultima ratio*, isto é, somente deve ocorrer quando todas as tratativas prévias, ou seja, aquelas realizadas na seara extrajudicial não tenham logrado êxito. A via judicial exsurge, então, com o fim de pacificação da própria sociedade, a despeito de que, hodiernamente, essa *ultima ratio* não tenha sido concebida de modo escorreito.

Em vez disso, observa-se que, em virtude da presença de jurisprudência dotada de efeito vinculante, a bem da verdade é que os jurisdicionados têm preferido acionar diretamente a via judicial, em detrimento da extrajudicial, mormente no que tange às demandas formuladas contra à Administração Pública em que haja a presença da seguinte circunstância: inexistência de legislação formal que ampare a pretensão autoral e, de outro lado, uma jurisprudência consolidada a respeito do tema.

Não se olvida que, diante da hipótese noticiada, há um grande entrave para que a Administração ampare a pretensão formulada apenas de forma extrajudicial, uma vez que é submetida ao princípio da legalidade estrita, *ex vi* do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o que inviabiliza, por si só, a pretensão. Como exemplo, pode-se citar os pleitos previdenciários já consagrados pela jurisprudência² e que não há amparo legislativo: a autarquia previdenciária, malgrado a consolidação do posicionamento judicial, mesmo assim, não defere o benefício vindicado, fazendo com que o segurado tenha que se valer de uma ação judicial para vindicar uma pretensão que já é uníssona nas Cortes.

Destarte, deduz-se que a concretização desses direitos é perfectibilizada diretamente pelo Judiciário, daí é que se pode afirmar que a noção de ativismo judicial diz respeito à participação das Cortes na concretização dos valores e fins constitucionais, mediante uma atuação mais ampla e intensa (BARROSO, 2009, p. 22).

E essa postura ativa é decorrente da própria função que o Estado assume no constitucionalismo, o que ocasiona uma transfiguração do caráter hermenêutico do direito, sobretudo pela Constituição Federal, analítica por sua natureza, conferir uma gama de direitos e garantias fundamentais aos indivíduos.

O próprio diploma constitucional passa a ser o parâmetro interpretativo para todas as relações jurídicas, mormente em virtude do princípio da força vinculante da Constituição, fazendo com que a mesma seja concebida como fonte de direitos e obrigações.

Em decorrência desse efeito vinculante constitucional, surge um problema, qual seja: diante de determinados casos, se verifica a inefetividade de tais benesses constitucionais no campo prático, seja pela própria impossibilidade material atribuída ao Poder Público, seja em decorrência de mera falta de vontade política.

O que se observa diante da situação exposta é que, de um lado, há a Lei Maior do ordenamento jurídico que garante direitos fundamentais aos cidadãos e, por outro lado, a ausência da respectiva concretização, principalmente por parte do Poder Público.

² No julgamento do REsp 1.720.805, que ocorreu em agosto de 2018, o Superior Tribunal de Justiça assentou a seguinte tese: “Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria” (tema nº 982). Posteriormente, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal suspendeu o trâmite, em todo o território nacional, de todas as ações judiciais que tratam sobre a extensão do pagamento do adicional de 25% não relacionada às aposentadorias por invalidez, até o julgamento em definitivo da matéria.

Como resolver, então, essa questão dicotômica?

É aí que o Poder Judiciário passa, com efeito, a ser acionado justamente com a finalidade precípua de sanar as distorções ocasionadas por esses “problemas de inefetividade” constitucional. A partir do momento em que o Judiciário é acionado para resolver esses “problemas de inefetividade” constitucional e, conseqüentemente, aplicar o direito diante daquela lide, há o que ficou difundido como sendo ativismo judicial, que, por conseguinte, será alvo de severas insurgências contra essa reação perpetrada pelos julgadores.

É imperioso assentar que esse ativismo judicial não se trata de uma faculdade, ou de um novo viés de atuação que é desempenhada pelo Judiciário. Deveras, o referido Poder “decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa” (BARROSO, 2009, p. 21), isto porque esse ativismo é legitimado pelo próprio ordenamento jurídico.

Há uma análise crítica que transmite a falsa impressão no sentido de que se trata de uma reação incabível motivada por um mero desejo.

Em verdade, a postura ativa inerente ao ativismo judicial é corolário do próprio ordenamento jurídico, com a finalidade de perfectibilizar a efetividade da Constituição, podendo-se, inclusive, corroborar o entendimento de que sem essa prática os *hard cases* ficariam sem solução.

Como bem obtempera Luís Roberto Barroso, os *hard cases* consistem nas questões judiciais diante das quais o ordenamento jurídico não fornece uma solução “pré-pronta”, assim como acontece com os *easy cases* (BRASIL, 2014). Nestes casos, a mera subsunção é suficiente para tanto.

Os casos complexos demandam que o aplicador do direito elabore uma solução “sob medida” capaz de reger o caso posto sob acerto, até porque inexiste a possibilidade de o magistrado se esquivar do resultado da atividade jurisdicional, conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A vedação ao *non liquet*, reconhecida pela ordem processual inaugurada com o Código de Processo Civil de 1973, obsta ao julgador esquivar-se de seu *munus* público de prestar a adequada tutela jurisdicional, com fundamento exclusivo na impossibilidade de formação de seu livre convencimento (BRASIL, 2016).

As críticas direcionadas ao Poder Judiciário pela prática do ativismo judicial, deveriam, em verdade, ser remetidas àqueles que, de fato, não implementaram expedientes capazes para

dotarem de plena eficácia os dispositivos constitucionais definidores de garantias e direitos fundamentais.

Uma vez acionado – o Judiciário – não tem outra solução que não seja aplicar o direito ao caso concreto, suprimindo, evidentemente, qualquer óbice que impeça o pleno exercício das garantias asseguradas na própria Constituição, assim como aconteceu à ocasião do julgamento dos Mandados de Injunção impetrados pelo Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo (Sindpol), pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa (Sintem) e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará (Sinjep), objetivando regulamentar o direito de greve para os seus filiados (servidores públicos), considerando a omissão legislativa do Congresso Nacional em regulamentar uma norma constitucional de eficácia limitada inserta no art. 37, VII, da Constituição Federal (BRASIL, 2007).

Nesse julgamento, prevaleceu o voto-vista exarado pelo Ministro Gilmar Mendes, no sentido de determinar a aplicação da lei que regulamenta a greve para o setor privado³, porquanto é desarrazoado que o exercício de greve dos impetrantes seja condicionado inexoravelmente ao juízo de oportunidade e conveniência por parte do Poder Legislativo).

Ademais, pontuou que o Supremo Tribunal Federal consagrou a possibilidade de uma regulamentação provisória expedida pelo Judiciário, configurando uma nítida espécie de sentença aditiva.

3.A CONSTITUIÇÃO COMO UM SISTEMA ABERTO DE REGRAS E PRINCÍPIOS

A Constituição é um sistema integrado regras e princípios, porquanto possibilita que as normas constitucionais estejam em constante consonância com a realidade da sociedade, capazes, assim, de permear “valores jurídicos suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central” (BARROSO, 2004, p. 353). Desde quando Ferdinand Lassale, por meio da sua obra *Über Verfassungswesen* (1862), desenvolveu o sentido sociológico da Constituição, essa somente seria legítima caso representasse o efetivo poder social: “somatória dos fatores reais do poder dentro de uma sociedade”. Ao revés, caso isso não ocorresse, a Constituição não passaria de uma “mera folha de papel”, destituída de qualquer eficácia social.

³Lein.º 7.783/1989.

No mesmo sentido, a definição apresentada por Gustavo Zagrebelski de Constituição dúctil corrobora a necessidade de sua adaptação à sociedade em que é inserida, conforme observa Canotilho (2003, p. 1386-1387), com o propósito de

expressar a necessidade de a Constituição acompanhar a perda do centro ordenador do estado e refletir o pluralismo social, político e econômico. Neste sentido, a uma Constituição caberá a tarefa básica de assegurar apenas as condições possibilitadoras de uma vida em comum, mas já não lhe pertence realizar diretamente um projeto determinado dessa vida comunitária. As constituições recebem, pois, como plataformas de partida para realização de políticas constitucionais diferenciadas que utilizem em termos inventivos os 'vários materiais da construção' semeados nos textos constitucionais.

A teoria moderna da Constituição dúctil apresenta a maleabilidade como uma característica que lhe é inerente, possibilitando a sua fácil adaptação diante do próprio contexto da sociedade.

Outrossim, quando Theodor Viehweg desenvolveu o método tópico-problemático, definiu que a Constituição seria esse sistema aberto de regras e princípios, uma vez que admite distintas interpretações, razão pela qual o “problema” exsurge diante de toda e qualquer questão que, a princípio, admite mais de uma resposta, pois os métodos clássicos são incapazes para solucionar “as aporias emergentes da interpretação concretizadora desse modelo constitucional e que, por isso mesmo, o método tópico-problemático representa, se não o único, pelo menos o mais adequado dos caminhos de que se dispõe para chegar à Constituição” (COELHO, 2017).

Com efeito, é essencial que o Direito seja concebido como um sistema aberto de normas (regras e princípios) influenciáveis à alteração em decorrência do mundo exterior, as quais, conforme observado por André Ramos Tavares (2007, p. 99-128), constituem um sistema de balizas flutuantes.

Esse novo vetor interpretativo da Constituição teve grande influência do constitucionalismo, conforme aduzido alhures, caracterizado por textos constitucionais principiológicos e pelo caráter compromissório e diretivo das Constituições, o que enseja, inexoravelmente, o aumento de demandas sociais no Judiciário visando à concretização de direitos. E por isso que há a crítica referente ao ativismo judicial, como se fosse simplesmente uma inovação unilateral imposta pelos julgadores, inclusive há a preocupação externada por Lenio Streck (2013, p. 344), no sentido de que o problema contemporâneo decorrente desse interpretativismo é obstar que a justiça constitucional, realizada por meio dos poderes dos juízes, se sobreponha ao próprio direito.

Esquecem-se os críticos, todavia, que o próprio ordenamento jurídico constitucional, mormente por ser desenvolvido neste sistema aberto, permite a constante adaptabilidade da norma à sociedade.

E tal raciocínio não discrepa com as modernas teorias sistêmicas, em que formulação das demandas (*input*) é feita pela própria sociedade civil, que são imediatamente direcionadas ao sistema político e exige um dever de resposta (*output*), logo, “o contraste entre sociedade civil e Estado põe-se então como contraste entre quantidade e qualidade das demandas e capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas” (BOBBIO, 2005, p. 36).

A partir do posicionamento infirmado, o Poder Judiciário não é alheio aos questionamentos formulados pela sociedade, principalmente quando tais questionamentos decorram de uma lesão constitucional.

3.1. AS REGRAS E OS PRINCÍPIOS

Quando se fala em sistema normativo de regras e princípios, impende aduzir que tanto a regra quanto o princípio são espécies normativas concebidas sob um sistema unitário, mormente em virtude do princípio da unidade da Constituição⁴, e desprovidas de hierarquia. A norma, propriamente dita, corresponde ao resultado de uma atividade interpretativa.

Com precisão, preleciona Humberto Ávila que

um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra, e a outra sem a uma. Tal observação é da mais alta relevância, notadamente tendo em vista o fato de que a Constituição Brasileira é repleta de regras, especialmente de competência, cuja finalidade é, precisamente, alocar e limitar o exercício do poder (2005, p. 120-121).

⁴ Canotilho expõe que, “como 'ponto de orientação' 'guia de discussão' e 'factor hermenêutico de decisão', o princípio da unidade obriga o intérprete a considerar a Constituição na sua globalidade e a procurar harmonizar os espaços de tensão [...] existentes entre as normas constitucionais a concretizar (ex.: princípio do Estado de Direito e princípio democrático, princípio unitário e princípio da autonomia regional e local)” (*Op. cit.* GOMES, 2003, p. 22).

As regras, por sua vez, apresentam uma aplicabilidade direta, à medida em que apresentam elementos descritivos de condutas, “para cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência” através da subsunção. Quer isto dizer: ou a regra tem aplicação àquela situação (por meio da subsunção) ou ela não terá incidência alguma, eis o que ficou denominado de *all or nothing*, porquanto a “regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla se for inválida, se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor” (ÁVILA, 2005, p. 70).

Dessume-se que essa subsunção corresponde ao encaixe da regra diante da “construção conceitual da descrição normativa” e a respectiva “construção conceitual dos fatos” (ÁVILA, 2005, p. 70).

Já os princípios, com fulcro na teoria desenvolvida por Robert Alexy, constituem mandamentos de otimização, pois a sua própria estrutura permite que a sua aplicabilidade seja realizada em diferentes graus. Isso porque, como são normas finalísticas, a sua aplicação “demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (ÁVILA, 2005, p. 70). Por isso, a sua aplicação não se sujeita à questão do *all or nothing*, assim como acontece com as regras, mas será “graduada à vista das circunstâncias representadas por outras normas ou por situações de fato” (BARROSO, 2004, p. 353).

Da mesma forma que a proposta conceitual já desenvolvida, Robert Alexy (2008, p. 90-91) classifica as regras que “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”, de modo que o preceito primário (antecedente) e o preceito secundário (consequente) são definidos com precisão: ou a regra tem aplicação *in casu* ou não terá. Tanto é assim que o conflito aparente que surge diante de várias regras aplicáveis ao caso em questão será determinado por meio do princípio da especialidade (cláusula de exceção).

Tome-se como exemplo a hipótese de um homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor. Aparentemente duas regras incidem sobre a questão: o Código Penal (art. 121, *caput*) e o Código de Trânsito Brasileiro⁵ (art. 302).

Ao analisar ambos os preceitos normativos, percebe-se que, com supedâneo no princípio da especialidade, a regra contida no art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro terá aplicabilidade sobre o caso hipotético, pois se trata de uma regência especial, em detrimento da previsão geral

⁵ Lein.º 9.503/1997.

que é regulada pelo Código Penal. Logo, trata-se de um mero conflito aparente de regras, cuja solução é fornecida pela utilização da cláusula de exceção⁶.

Noutro giro, a aplicabilidade dos princípios pode ser satisfeita em graus variados, pois constituem mandamentos de otimização. Neste caso, havendo colisão entre princípios, a solução não será obtida mediante o *all or nothing*, e sim por meio da técnica de ponderação⁷ e balanceamento, através de uma “ideia que sirva para guiar a argumentação em um determinado sentido. Vários podem ser as respostas que satisfaçam as exigências de otimização” (SILVA, 2005, p. 121).

Assim, através da técnica da ponderação, é possível que os princípios conflitantes tenham aplicação diante do caso concreto, mediante a cessação parcial de seus efeitos observando-se três critérios: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade. Essa técnica tem o objetivo de solucionar conflitos normativos, por meio dos quais os métodos hermenêuticos clássicos se mostrem insuficientes, sobretudo quando o julgador está diante de lides que envolvam valores ou opções políticas: “É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia de valores” (MARMELSTEIN, 2008, p. 386).

Não se trata, porém, de qualquer tentativa transversa perpetrada pelo Judiciário para exercer a incumbência legislativa de forma heterônoma, principalmente aos fervorosos críticos do que se chama de ativismo judicial. Neste diapasão, obtempera Daniel Sarmiento que “a ponderação de interesses não representa uma forma de decisionismo judicial disfarçado, já que seu método pauta-se pelo princípio da proporcionalidade, cujos critérios podem ser aferidos com certa objetividade” (2002, p. 96).

Como resultado de aplicação da técnica da ponderação, o Supremo Tribunal Federal já assentou que a própria garantia à coisa julgada – que configura “conspícuo direito fundamental (art. 5º, XXXVI)” – pode ter a sua eficácia parcialmente cedida diante de conflito que envolva, também, direitos fundamentais de iguais valores, conforme elucidado pelo então Ministro Cezar Peluso, no sentido de que o

⁶ Diante de homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor deve ser aplicado o art. 302, do Código de Trânsito Brasileiro, e não o disposto tipificado no art. 121, §3º, do Código Penal, porquanto deverá prevalecer, nesse conflito aparente de normas, a norma especial prevista no Código de Trânsito Brasileiro, em observância ao princípio da especialidade (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus** n.º 13.779. Relator: Min. Paulo Galloti. Brasília, DF, 17 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2020).

⁷ “A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” (*Op. cit.* ÁVILA, 2005, p. 94.)

[...] direito fundamental à segurança jurídica não é, como todos os demais, absoluto, podendo ceder em caso de conflito concreto com outros direitos de igual importância teórica. Ora, somente em hipótese nítida de colisão entre direitos fundamentais é que se pode admitir, em tese, a chamada 'relativização da coisa julgada', mediante ponderação dos respectivos bens jurídicos, com vistas à solução do conflito (BRASIL, 2008).

A Corte Constitucional assentou que a garantia da *res iudicata* não poderia ser oposta ao direito fundamental à identidade genética, como corolário inerente aos direitos personalidade, quando na ação de investigação de paternidade não foi possível realizar a comprovação do vínculo biológico entre as partes, em virtude da não realização do exame de DNA, cujo meio de prova não pôde ser realizado àquela ocasião por fato alheio à vontade e influência das partes⁸.

4. A TEORIA DA DISCRICIONARIEDADE DE ROBERT ALEXY

Uma vez exposta a característica dos princípios como mandamentos de otimização, cuja explanação já foi devidamente tratada nos capítulos precedentes, Robert Alexy sustenta o seguinte: para que o julgador proceda à esmerada aplicação de tais espécies normativas, terá que se valer, diante das variadas hipóteses de aplicabilidade, da discricionariedade.

Assim ocorre porque a regular natureza de aplicação do próprio Direito é eivada de indeterminações e, em decorrência disso, “as normas de maior escalão, v.g., a Constituição, não conseguem vincular totalmente o ato da sua aplicação, remanescendo ao aplicador, na grande maioria dos casos, uma margem de reflexão íntima, de livre apreciação [...]” (MARIN, 2015, p. 71).

Observa-se que essa discricionariedade é intrinsecamente vinculada ao Direito, mormente diante dos *hard cases*, isto é, situações em que a mera subsunção é incapaz para fornecer uma solução eficaz para a lide, pois demandam uma solução decorrente da atividade criativa do magistrado, permitindo a escolha de duas ou mais soluções aplicáveis à demanda. Consiste, pois, na atividade judicial de sopesamento, por meio da qual estabelece uma aplicação dos princípios em conflitos.

⁸ “É dotada de repercussão geral a matéria atinente à possibilidade da repositura de ação de investigação de paternidade, quando anterior demanda idêntica, entre as mesmas partes, foi julgada improcedente, por falta de provas, em razão da parte interessada não dispor de condições econômicas para realizar o exame de DNA e o Estado não ter custeado a produção dessa prova”, devendo ser “relativizada a coisa julgada estabelecida em ações de investigação de paternidade em que não foi possível determinar-se a efetiva existência de vínculo genético a unir as partes, em decorrência da não realização do exame de DNA, meio de prova que pode fornecer segurança quase absoluta quanto à existência de tal vínculo” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n.º 363.889. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2020).

Como não há hierarquia entre essas espécies normativas, a solução para um eventual conflito demandaria a intervenção do próprio julgador para que, através da sua atividade discricionária, consagre a sobreposição de um direito fundamental em detrimento de outro.

A atividade discricionária é pautada sobretudo no discurso jurídico, todavia, muitas das vezes tal discurso será incapaz para atender aos problemas que surgem no contexto da sociedade hodierna, de modo que o julgador se valerá de regras discursivas metajurídicas, alargando o espaço de abertura interpretativa (STRECK, 2019, p. 47). Tanto é assim que Alexy subdividiu a natureza do Direito em duas dimensões.

A primeira delas – dimensão real – corresponde aos “elementos factuais” que seriam a “legalidade conforme o ordenamento e a eficácia social, demonstrando os elementos coercitivos e empíricos do Direito” (STRECK, 2019, p. 47). Já a dimensão ideal configura o “caráter normativo do Direito, que opera por meio de uma pretensão de correção, isto é, a pretensão de que tanto as decisões como os sistemas judiciais necessitam de uma justificação moral para exercerem sua legitimidade” (STRECK, 2019, p. 47).

É por isso que a atividade discricionária se baseia em ambas dimensões, o que legitima o amparo às fundamentos extrajurídicas, tendo em vista que o ordenamento positivo é incapaz para reger todas as relações jurídicas, por isso que se fala de textura aberta do direito como sendo o “*locus* onde necessariamente habitam os argumentos morais no direito” (STRECK, 2013, p. 350).

Ainda no que tange à textura aberta do direito, obtempera Hart⁹:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, esses, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta* (2007, p. 140-141).

A discricionariedade está presente, ainda assim, no regime da *common law* sob a influência do *stare decisis*, quando o magistrado reconhece que o caso paradigma resultante do precedente pode ter aplicabilidade à questão *sub judice*. Não se trata de uma aplicação automática, até porque o julgador está autorizado a proceder o *distinguishing* entre o caso paradigma e o caso que

⁹ Consoante observa Lenio Streck, “o problema central para Alexy sempre foi explorar essa dimensão da “abertura” do direito que, ao contrário daquilo que entendia Hart, para Alexy a dimensão de abertura era a porta de entrada, no interior do discurso jurídico, para elementos morais ou questões de justiça presentes naquilo que ele denomina discurso prático geral. Para Alexy, o espaço da 'textura aberta' é o *locus* onde necessariamente habitam os argumentos morais no direito” (*Op. cit.* STRECK, 2013, p. 349-350).

demanda a análise judicial. Está, pois, patente que a discricionariedade legitima toda a atividade jurisdicional.

Ainda no que tange ao regime da *common law*, o precedente que resulta de um reiterado posicionamento pacífico dos Tribunais pode ser objeto de superação pela própria jurisprudência, cujo fato é denominado de *overruling*, ou seja, a superação do precedente. Diante disso, surge uma indagação deveras apropriada: como é que um precedente vinculante pode ser superado pelo próprio Judiciário sem que a isso se dê o nome de atividade discricionária?

Se não houvesse a discricionariedade inerente à atividade jurisdicional fomentar-se-ia a dissonância entre o ordenamento jurídico e a sociedade contemporânea.

A posição crítica à discricionariedade, cujo destinatário é o próprio juiz¹⁰, afirma que há um alargamento irrazoável do “coeficiente de incerteza e incontrolabilidade do resultado da decisão judicial” (STRECK, 2013, p. 348). Ora, entendimento deste calibre ocasionaria no engessamento do Poder Judiciário, dado que não poderia apreciar os casos diante de uma situação fática concreta quando a fórmula da subsunção não restasse atingida.

A discricionariedade é, assim, na visão de Alexy, imprescindível para o desenvolvimento da atividade jurisdicional: “Como resultado de todo sopesamento que seja correto do ponto de vista dos direitos fundamentais pode ser formulada uma norma de direito fundamental atribuída, que tem a estrutura de uma regra e à qual o caso pode ser subsumido” (2008, p. 102).

Como um óbice à atividade discricionária, Alexy invoca a Fórmula de Radbruch, cuja origem remonta aos precedentes no Tribunal Constitucional Alemão, sempre que uma decisão possa ser capaz de suplantar o núcleo essencial dos direitos humanos fundamentais, ensejando numa grave injustiça. Neste caso, toda e qualquer decisão, seja até mesmo decorrente da atividade discricionária ou seja resultante de uma simples subsunção, não poderá ter aplicabilidade. É um verdadeiro freio que pode ser acionado diante de uma eventual lesão a esse núcleo impenetrável.

Sucedendo que, a partir da aplicação dessa Fórmula, houve o surgimento de um problema específico referente à segurança jurídica e, para minimizar tal *quaestio*, Alexy apresentou novas condições específicas com o intuito de, exatamente, impedir as objurgações ocorrentes. Verdaderamente, trata-se de limites à utilização da assestada Fórmula que são citados por Lenio Streck:

Não é em qualquer caso de grave injustiça que a fórmula se aplica, mas apenas naqueles em que haja uma extrema injustiça, sendo que por extrema injustiça

¹⁰ Posição corroborada por Robert Alexy.

se defini substancialmente através de um descumprimento do núcleo dos direitos humanos fundamentais (2013, p. 351-352).

Em sentido oposto à tese desenvolvida por Alexy, Robert Dworkin insurge-se contra esse poder discricionário ínsito à atividade judicante, sob o argumento de que o ordenamento jurídico já é o próprio fundamento para todos os casos, tanto os *easy cases* quanto os *hard cases*, impedindo, destarte, o “poder criativo dos juízes” (STRECK, 2013, p. 358).

Assim sendo, o ordenamento jurídico seria composto por regras e princípios, de forma que os princípios não demandam uma aplicação discricionária por parte do julgador, porquanto “o direito enquanto um sistema de regras e princípios não abriria a possibilidade para um juízo discricionário, já que teria sempre uma história institucional a ser reconstruída e que indicaria a melhor decisão a ser tomada” (STRECK, 2013, p. 359).

Partindo dessa construção teórica, o jusfilósofo inglês sustenta que, mesmo na solução do *hard cases*, que são excepcionalmente hábeis a várias vertentes interpretativas, o magistrado não está autorizado a empregar juízo discricionário *in casu*, sob pena da não aplicação do Direito propriamente dito, mas sim a prática, por via transversa, da criação do Direito (STRECK, 2013, p. 50).

Por tais razões, há a crítica direcionada a Alexy pelo fato de esse teórico pregar um relativismo em sua teoria, mormente no que tange à pluralidade de respostas que é admitida mediante o emprego da técnica da ponderação: “várias formas de entendimento acerca dos princípios em conflito e da solução para o caso concreto, a partir da aplicação da teoria da argumentação” (MARIN; FEDRIGO, 2015, p. 76). Com efeito, Dworkin sustenta a tese da única resposta correta, objurgando, por isso mesmo, o balanceamento de bens ou interesses envolvidos, chegando a afirmar, inclusive, que “um juiz encontra-se (sempre) vinculado a uma cadeia de precedentes e com o passar do tempo este vínculo será ainda maior” (MARIN; FEDRIGO, 2015, p. 76).

Compulsando-se o argumento exposto por Dworkin chega-se à seguinte indagação: como é que a alteração dos precedentes vinculantes, seja através de *distinguishing*, seja através do *overruling*, são elucidados? Tais expedientes não seriam, de fato, o próprio exercício da atividade discricionária por parte do Judiciário? Suplantar a discricionariedade não ensejaria no descompasse entre ordenamento jurídico e sociedade?

Para responder às indagações formuladas, é preciso ter a consciência que o ordenamento jurídico é incapaz, por consequência lógica, para responder de modo instantâneo e taxativo a todos os anseios da sociedade. Seria como afirmar que a legislação tem a resposta para todas as eventuais

lides que surjam na sociedade, que, por sua vez, a resposta é decisivamente negativa.

Ora, tolher a atividade criativa do Judiciário é dotar de ineficácia deliberada o próprio Direito, tendo em vista que todas as relações jurídicas não são capazes de serem previamente reguladas de forma legislativa (caráter eminentemente positivo do Direito), até porque não somente os critérios exclusivamente jurídicos que serão valorados, mas também os critérios metajurídicos, que são imprescindíveis à resolução dos *hard cases*, como demonstrado por Luís Roberto Barroso.

Dessume-se, pois, que houve a transmutação da atividade do magistrado: ele deixa de ser um mero aplicador do direito e passa a ocupar a função criativa, assumindo, por conseguinte, um comportamento ativo na própria questão referente à criação do Direito, como observa Cassio Scarpinella Bueno:

[...] não, apenas, a recuperação de uma valoração que terá sido feita pelo próprio legislador ao editar a “lei” mas, bem diferentemente, de uma valoração presente, feita pelo próprio juiz, que se vê diante do caso concreto com todas as suas peculiaridades e que deve decidir mesmo que a solução não esteja clara, expressa, pressuposta, “dada” na letra da lei (2007, p. 67).

Diante do exposto, a despeito do posicionamento em sentido contrário, resta evidente que a discricionariedade deverá nortear a atividade judicial, incidindo sobremaneira diante da espécie normativa “princípios”, em virtude do seu alto grau de abstração e possíveis graus de aplicabilidade (mandamentos de otimização).

Num primeiro plano, pode-se considerar que apenas os princípios são alvos da discricionariedade, o mesmo não ocorrendo em relação às regras, pois tal espécie normativa apresenta uma determinabilidade na aplicação do caso concreto, através da subsunção, pois exerce uma “função definitiva”, a partir do momento em que o comportamento para concretizar determinadas finalidades é devidamente regularmente e delimitado (ÁVILA, 2007, p. 83).

Neste diapasão, com bastante precisão, enaltece Humberto Ávila que as regras

[...] devem ser obedecidas, de um lado, porque a sua obediência é moralmente boa e, de outro, porque produz efeitos relativos a valores prestigiados pelo próprio ordenamento jurídico, como segurança, paz e igualdade. Ao contrário do que a atual exaltação dos princípios poderia fazer pensar, as regras não são normas de segunda categoria¹¹. Bem ao contrário, elas desempenham uma

¹¹ Conforme posicionamento defendido neste artigo.

função importantíssima de solução previsível, eficiente e geralmente equânime de solução de conflitos sociais (2007, p. 84).

Entretanto, a doutrina evoluiu no sentido de expandir a atividade discricionária, também, para a espécie normativa “regras”, da mesma forma que acontece com os princípios, suplantando aquele antigo modelo do *all or nothing*, uma vez que as situações decorrentes de subsunções podem ter aquele alcance ampliado ou mitigado, a depender da análise do caso concreto. Foi, assim, o que ficou desenvolvido a partir do reconhecimento da *defeasibility*, quer dizer, a derrotabilidade ou superabilidade¹² das regras.

Esse desenvolvimento teórico coube, em primeiro lugar¹³, ao jusfilósofo Hart, a partir da sua obra *The Ascription of Responsibility and Rights*, que reconheceu o caráter derrotável das normas jurídicas, que implica na possibilidade de mitigação da respectiva eficácia normativa (GAVIÃO FILHO; PREVEDELLO, 2019, p. 4).

Humberto Ávila, de sua vez, reconhece a superabilidade dessas espécies normativas, alegando que as regras têm “eficácia de trincheira, pois, embora geralmente superáveis, só o são por razões extraordinárias e mediante ônus de fundamentação maior”. Logo, o doutrinador propõe alguns requisitos inerentes à aplicação da *defeasibility*, a saber: a) a superação de uma regra não pode comprometer a segurança jurídica; b) a superação de uma regra tem que ser precedida mediante uma justificativa condizente, por meio de uma fundamentação “escrita, juridicamente fundamentada e logicamente estruturada”, tendo em vista que “a mera alegação não pode ser suficiente para superar uma regra”.

A *defeasibility* de algumas regras no ordenamento jurídico brasileiro já foi ultimada pela jurisprudência, como, por exemplo, no que diz respeito à questão da concessão do benefício assistencial de prestação continuada com previsão no art. 20, §3º, da Lei nº 8.742/1993¹⁴. A dicção da referida regra é peremptória no sentido de que o benefício será deferido ao postulante que não possuir meios para prover a sua própria subsistência nem tampouco de tê-la provida por sua família, desde que aufera uma renda igual ou superior a um quarto do salário mínimo vigente.

¹² Como definido por Humberto Ávila.

¹³ Na obra *A derrotabilidade na teoria dos princípios*, os autores sustentam que: “Embora não seja possível assegurar com absoluta certeza que foi Hart quem primeiro apresentou a noção de *defeasibility* no âmbito da Filosofia do Direito, não há equívoco em afirmar que o termo foi cunhado por ele ao qualificar ou simbolizar o caráter derrotável dos conceitos jurídicos no ensaio *The Ascription of Responsibility and Rights*” (GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 24, n. 1, jan./mar. 2019, p. 14. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7501/pdf>. Acesso em: 30 maio 2020).

¹⁴ Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

Vislumbra-se que a regra exige uma renda “igual ou inferior a um quarto salário mínimo vigente”. Contudo, a própria jurisprudência evoluiu e corroborou a desnecessidade de observância desse critério objetivo, desde que a miserabilidade possa ser comprovada nos autos e de forma idônea. Logo, o juiz não está adstrito ao critério quantitativo apostado no art. 20, §3º, da referida Lei, quando vislumbre que o postulante se encontra numa situação de hipossuficiência, malgrado afixa uma renda superior ao parâmetro objetivo definido na regra¹⁵.

Há, com isso, uma extensão à discricionariedade às regras, que, na sua concepção inicial, apresentava um comando de mera subsunção sem qualquer possibilidade de aprimoramento ou até mesmo de adequação casuística.

5. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAIS

A origem dos Estado de Coisas Inconstitucionais remonta à decisão histórica proferida, em 1997, pela Corte Constitucional da Colômbia, mediante a *Sentencia de Unificación*, possibilitando que o Judiciário atuasse num caso específico para sanar um quadro de violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais, quando a causa violadora seja decorrente da “inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura”, de forma que tais transformações só sejam implementadas mediante uma “atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades”, com o desiderato de sanar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015).

No *leading case* analisado pelo Supremo Tribunal Federal, a Corte apreciou a ADPF nº 347 em que se pleiteava uma série de medidas no âmbito do sistema penitenciário, em razão da “violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades”.

Até o presente momento, o mérito dessa ação não foi analisado, porém, a medida liminar foi deferida para: a) que os Tribunais do país implementem as audiências de custódia, no prazo

¹⁵ “[...] Para a obtenção do benefício assistencial, é necessário possuir idade acima de 65 anos ou deficiência que incapacite o requerente para a vida independente e para o trabalho, bem como a renda familiar mensal per capita seja inferior a 1/4 do salário mínimo (parágrafos 2º e 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93). 5. Quanto à comprovação da miserabilidade, embora a Lei traga o que se considera grupo familiar, a fim de calcular a renda per capita e o conceito objetivo de miserabilidade, para o recebimento do benefício assistencial (parágrafo 1º do art. 20 da Lei nº 8.742/93), a rigidez da norma pode ser flexibilizada, diante de outros elementos que demonstrem a hipossuficiência econômica. (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível** nº 0002208-24.2018.4.05.9999. Relator: Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, PE, 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2020).

máximo de noventa dias; b) liberação do saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional (FUPEN), abstendo a União de realizar novos contingenciamentos.

A análise do julgado sob discepção retrata o alcance da normatividade constitucional diante das relações sociais, que, por consequência lógica, não poderá deixar o Judiciário inerte a tais demandas.

6. CONCLUSÃO

A postura ativa endossada pelo Judiciário, nos últimos anos, corresponde a um desiderato de cunho constitucional que é visualizado a partir da seguinte fórmula binária: a) a pluralidade dos direitos que são espargidos pela própria Constituição; b) os “problemas de inefetividade” dos referidos direitos.

Dessume-se, assim, que essa dupla vertente demanda do Poder Judiciário uma capacidade para sanear a crise da inefetividade dos direitos elevados à categoria constitucional. O que é chamado de ativismo judicial importa, em verdade, na atribuição inescusável imposta pelo diploma constitucional ao julgador, e não constitui numa forma de, por via transversa, exercer a função legislativa.

Não se pretende, com efeito, exprobrar o formalismo, tendo em vista que, graças ao positivismo, é possível descrever com precisão os atos jurídicos consolidados no respectivo ordenamento. Porém, a bem da verdade é que o positivismo não é capaz, de *per si*, para reger todas as relações jurídicas praticadas na sociedade.

É essencial que o julgador, sem se desvincular da legislação, transmita o seu senso de justiça e confira uma interpretação mais consonante com a realidade. Eis, inclusive, a função teleológica que deve nortear a atividade hermenêutica, como foi referida por Alexander Hamilton em sua obra *The Federalist*.

Até mesmo o sistema da *common law* está adstrito ao que Henry Paul Monaghan denominou de “estilo constitucional do direito” (1981, p. 353), de modo que o ordenamento jurídico tem que estar ancorado no texto constitucional, restando evidente, portanto, a função que incumbe aos julgadores nesta proposta.

Não há, portanto, outra postura que possa ser exigida do Judiciário que não seja a sua atuação ativa em prol da efetividade da Constituição, como bem obtempera Richard A. Posner: “*If the courts are too miserly in using their powers to check the other branches of government, they*

might as well not be a part of system of checks and balances, though the Constitution meant them to be" (1983, p. 14).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus** n.º 13.779. Relator: Min. Paulo Galloti. Brasília, DF, 17 de agosto de 2006. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 maio 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n.º 1.549.467. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 13 de setembro de 2016. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cautelar** n.º 2.182-1. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, DF, 05 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 11 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Injunção** n.º 708. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Mandado de Segurança** n.º 32.326. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, DF, 18 de março de 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** n.º 363.889. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, DF, 02 de junho de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso em Habeas Corpus** n.º 13.779. Relator: Min. Paulo Galloti. Brasília, DF, 17 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 14 maio 2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. **Apelação Cível** n.º 0002208-24.2018.4.05.9999. Relator: Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho. Recife, PE, 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 12 abr. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 30 maio 2020.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos de interpretação constitucional**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/119/edicao-1/metodos-de-interpretacao-constitucional>. Acesso em: 14 maio 2020.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires; PREVEDELLO, Alexandre. A derrotabilidade na teoria dos princípios. **Pensar Revista de Ciências Jurídicas**, v. 24, n. 1, p. 1-14, jan./mar. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/download/7501/pdf>. Acesso em: 30 maio 2020.

GOMES, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

HAMILTON, Alexander. **The Federalist Papers: Primary Documents in American History**. The Judiciary Department. Library of Congress. Disponível em: <https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text>. Acesso em: 30 maio 2020.

HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2007.

MARIN, Jeferson Dytz; FEDRIGO, Camila Paese. Decisão e argumentação em Alexy (limites aplicativos da teoria). Um freio à discricionariedade? **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 7, n. 1, p. 70-79, 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/index>. Acesso em: 05 abr. 2020.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MONAGHAN, Henry P. **Our Perfect Constitution**. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1783&context=faculty_scholarship. Acesso em 30 maio 2020.

POSNER, Richard A. **The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.** The University of Chicago Press: Chicago e Londres, 1992.

POSNER, Richard A. The Meaning of Judicial Self-Restraint. **Indiana Law Journal**, v. 59, n. 1, 1983, p. 03. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2855&context=journal_articles. Acesso em: 14 maio 2020.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de Interesses na Constituição Federal**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **A discricionabilidade nos sistemas jurídicos contemporâneos**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionabilidade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 343-367, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

A IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* E SEUS REFLEXOS SOCIAIS: Perspectivas a partir da análise econômica do Direito

THE IMPLEMENTATION OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY AND ITS SOCIAL REFLECTIONS: Perspectives from the economic analysis of law

Ewerton Ricardo Messias¹

André Luis Cateli Rosa²

RESUMO: O presente estudo objetivou analisar os fundamentos da tecnologia *blockchain*, levando-se em consideração seus reflexos sobre a sociedade brasileira. Para tanto, analisou os fundamentos da *blockchain*, bem como os aspectos inerentes ao seu funcionamento; os eventuais custos de transação; e a eficiência da *blockchain*, levando em consideração os objetivos do Estado brasileiro. Foram utilizados os métodos dialético e dedutivo, por meio de pesquisas bibliográfica e eletrônica. Em conclusão, verificou-se a existência de um cenário promissor para uma larga implementação do *blockchain*.

Palavras-chave: Análise econômica do Direito. *Blockchain*. Custos de transação. Justiça social.

ABSTRACT: This study aimed to analyze the fundamentals of blockchain technology, taking into account its reflections on brazilian society. To this end, it analyzed the fundamentals of blockchain, as well as the aspects inherent to its operation; any transaction costs; and the efficiency of the blockchain, taking into account the objectives of the brazilian State. Dialectic and deductive methods were used, through bibliographic and electronic research. In conclusion, there was a promising scenario for a broad implementation of the blockchain.

Keywords: Economic Analysis of Law. Blockchain. Transaction Costs. Social Justice.

¹ Universidade do Oeste Paulista o UNOESTE, Mestre e Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Professor Doutor no Programa de Mestrado e Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento Regional da UNOESTE. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1361703878121901> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9175-4865>

² Universidade do Oeste Paulista o UNOESTE, Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília, Doutor em Direito pela Universidade de Marília – UNIMAR, Professor dos Cursos de graduação em Administração, Ciências Contábeis e Engenharia Civil do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos - UNIFIO. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3607648043042229> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3670-7836>

1 INTRODUÇÃO

A tecnologia apresentada pela *blockchain* representa um meio alternativo para a efetivação de registro de transações das mais diversas ordens.

Por ser descentralizada e distribuída, a *blockchain* oferece o potencial para transações digitais transparentes e incorruptíveis, sem a necessidade de permissão ou validação de terceiros, o que torna o processo muito mais rápido e eficiente, com enorme redução dos custos de transação.

Diante dessa nova tecnologia, o objetivo da presente investigação é refletir a seu respeito, analisando os aspectos inerentes ao seu funcionamento, relacionando-os com os sistemas atuais de registro, obtendo-se conclusões por meio de análise das externalidades proporcionadas, dos custos de transação resultantes, da eficiência e principalmente em relação ao consequencialismo e ao pragmatismo que é peculiar à análise econômica.

Para tanto, a presente pesquisa aborda essa nova tecnologia e suas principais características, apresentando também os institutos da análise econômica do Direito, utilizados como matriz epistemológica para firmar entendimento a respeito de sua viabilidade no atual contexto social brasileiro, levando-se em consideração a eficiência, que ora se resume à melhor distribuição de recursos para a sociedade.

A realização da pesquisa se deu com a utilização dos métodos de abordagens dialético e dedutivo, valendo-se da análise econômica do Direito³ como sistema de referência, visando à uma abordagem relacional.

No que se refere ao método de procedimento, na presente pesquisa foi utilizado o método bibliográfico, com a realização de pesquisas em revistas científicas e sites especializados sobre o tema.

³ “A análise econômica do direito, como atualmente existe não só nos Estados Unidos mas também na Europa, que tem a sua própria associação de direito e economia florescente, tem aspectos positivos (que é descritivo) e aspectos normativos. Ela tenta explicar e prever o comportamento dos participantes e nas pessoas reguladas pela lei. Ela também tenta melhorar a aplicação da lei por chamar a atenção para aspectos em que as leis existentes ou propostas têm consequências não intencionais ou indesejáveis, quer sobre a eficiência econômica ou a distribuição do rendimento e da riqueza, ou outros valores. Ela não é uma simples empresa de marfim, pelo menos nos Estados Unidos, onde o movimento de direito e economia é entendido por ter influenciado a reforma jurídica num certo número de áreas importantes. [...] Análise econômica do direito é geralmente considerada o desenvolvimento mais significativo no pensamento jurídico nos Estados Unidos desde o desaparecimento do realismo jurídico há meio século” (POSNER, 1998, p. 2, tradução nossa).

2 BLOCKCHAIN

A *Blockchain* foi desenvolvida em 2008 por uma, ou um grupo de pessoas, com o pseudônimo de Satoshi Nakamoto (SICHEL; CALIXTO, 2018, p. 1624), motivada (os) pela crise do *subprime*⁴ nos Estados Unidos, oportunidade na qual os títulos que deveriam ter como lastro direitos sobre imóveis foram negociados sem lastro nenhum, o que gerou desestabilidade e falta de confiança no sistema financeiro.

Trata-se de um sistema alternativo⁵ para realizar transações em ambiente eletrônico sem necessidade de validação por um órgão centralizador (governo ou instituições financeiras, por exemplo), que se iniciou por meio de um protocolo para moeda digital, usando à princípio a criptomoeda *bitcoin*, a qual permite estabelecer confiança e fazer transações sem intermediadores.

É uma aplicação de computador na modalidade *peer to peer*⁶, altamente segura, que permite transações digitais, oferecendo maior transparência e confiança, capaz de reduzir fraudes e acelerar uma ampla rede de negócios, reduzindo a necessidade de intermediários e papelada (WATSON, 2018, p. 21).

No núcleo da *blockchain* está uma forma inovadora de banco de dados, qual seja, o *ledger*⁷ distribuído. Cada transação digital é registrada no livro de registro de uma forma criptografada imutável, como um “bloco” de dados, e esse livro razão é distribuído por milhares ou até mesmo milhões de computadores que formam uma rede de autenticadores/validadores, que podem estar localizados em qualquer parte do mundo, no computador de cada um dos usuários desse sistema.

Para cada registro individual ser aceito como válido, mais da metade dos autenticadores/validadores devem concordar que está correto. Assim, não existe uma versão centralizada da informação, por isso é impossível que um hacker a corrompa sem simultaneamente assumir o controle de mais da metade de todos os sistemas (SCULL, [201-], n.p).

⁴ De acordo com John V. Duca (2013, n.p) “A crise das hipotecas *subprime* de 2007-10 resultou de uma expansão anterior do crédito hipotecário, inclusive para os mutuários que anteriormente teriam dificuldade em obter hipotecas, o que contribuiu e foi facilitado pelo rápido aumento dos preços das casas” (tradução nossa)

⁵ Ranulfo Paiva Sobrinho et. al. (2019, p. 158) dissertam que: “A definição alternativa destaca que as pessoas podem se organizar e criar acordos entre elas para usar algo padronizado que serve, pelo menos, como meio de troca a fim de solucionar os problemas desejados”.

⁶ Do inglês par-a-par ou simplesmente ponto-a-ponto, com sigla *P2P*. É uma arquitetura de redes de computadores onde cada um dos pontos ou nós da rede funciona tanto como cliente quanto como servidor, permitindo compartilhamentos de serviços e dados sem a necessidade de um servidor central.

⁷ Em sua forma original significa um livro no qual uma empresa ou organização anota as quantias de dinheiro que gasta e recebe. Nas transações virtuais significa o local onde as transações digitais ficam registradas.

Ao alterar qualquer parte do registro conduzindo uma nova transação ou até mesmo alterar uma letra qualquer de um documento, um novo “bloco” de dados criptografados é adicionado à cadeia, criando uma impressão permanente das informações no *ledger* naquele momento.

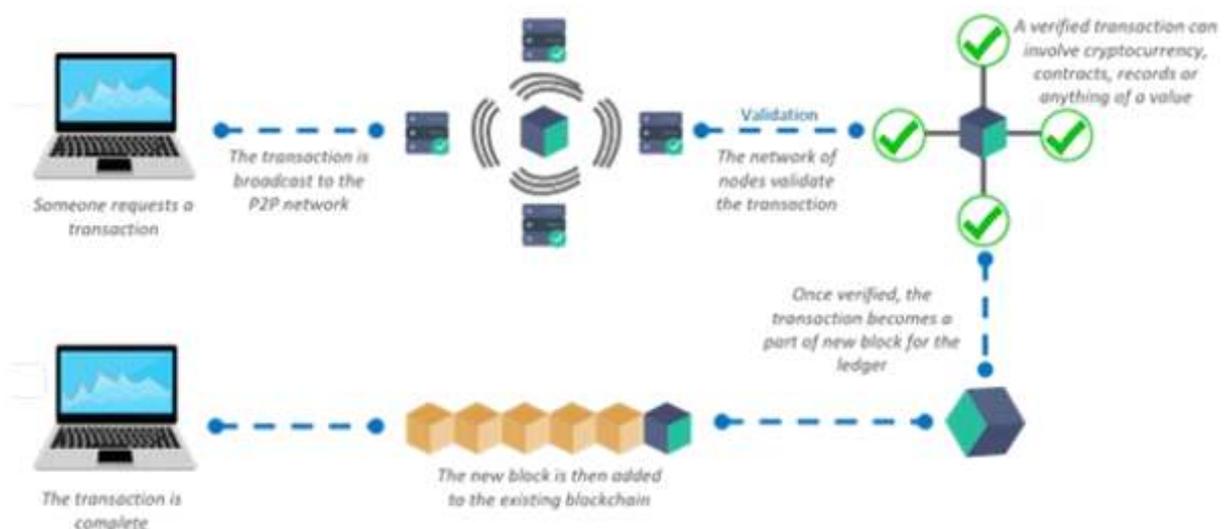
Por ser descentralizada e distribuída, a *blockchain* oferece o potencial para transações digitais *peer-to-peer* transparentes e incorruptíveis, sem a necessidade de permissão ou validação de terceiros, o que torna o processo muito mais rápido e eficiente.

O validador do sistema é chamado minerador, trata-se de uma pessoa comum, que baixa um programa da *blockchain* em seu computador, o que lhe permite acompanhar todo o histórico de transações das carteiras (ROSINI, 2018, n.p).

O minerador que primeiramente decifra o código criptografado por meio de seu computador, ganha um estímulo financeiro, recebendo uma porcentagem sobre a transação realizada. Assim, o sistema alinha os incentivos de todas as partes interessadas, de forma que algum sinal de valor é essencial para seu funcionamento e estabilização da confiança. Satoshi programou o *software* para recompensar aqueles que trabalham nele (TAPSCOTT A.; TAPSCOTT D., 2016, p. 118).

A ilustração abaixo representa o funcionamento dessa tecnologia:

Figura 01: funcionamento da tecnologia blockchain



Fonte: BILONIA, 2018, p. 1.

De um modo geral, a *blockchain* opera como um livro de transações públicas que depende substancialmente dos usuários para o envio de conteúdo, bem como para a verificação e a atualização de informações. É um sistema descentralizado de verificação de transações, sem um organismo que sirva como autoridade central. O sistema é utilizado para registrar todas as operações realizadas, garantindo que não sejam duplicadas nem apagadas, pois não pertencem a um órgão específico. Assim, a invenção da *blockchain* representa um sistema completamente novo, que permitirá um ecossistema tão amplo e diversificado quanto a própria Internet (MELO, 2019, p. 105-106).

Nesse contexto, é possível observar que, antes da *blockchain*, os sistemas de registro eram exclusivamente construídos com base na informação centralizada, seja por governos, bancos ou por bancos centrais, operando registros de toda a economia, o que proporcionava eficiência e segurança para as comunidades em função de não terem outra maneira de confiar nas contas de cada um sobre quem deve o quê a quem e o que é de cada um.

No entanto, o modelo pautado na informação centralizada confere muito poder e lucro excessivo àqueles detentores dos registros centrais. Todavia, era um enorme e impensável desafio encontrar uma solução alternativa, ou seja, encontrar um sistema confiável e descentralizado para manter os registros da sociedade em ordem, sem perder a eficiência e a segurança que a centralização havia proporcionado (CASEY, 2015, p. 120-121).

Atualmente tem-se uma visão muito limitada das possibilidades que a *blockchain* pode oferecer. Embora seu uso seja sempre vinculado às criptomoedas, muitas outras aplicações em potencial são desconhecidas, de forma a transcender o setor financeiro, podendo ter utilidade também em outros setores, como nos laborais, sociais e até militares, como aconteceu com a internet.

Referida tecnologia pode ser utilizada até mesmo para assegurar o processo democrático, viabilizando as votações por meio da internet, de maneira muito mais segura, haja vista que afastaria qualquer autoridade central, impedindo assim qualquer tipo de manipulação.

No campo da educação, a empresa Sony desenvolveu um sistema digital para armazenar e gerenciar registros, diplomas, provas e históricos escolares por meio da *blockchain*, cuja finalidade maior é evitar fraudes, ao mesmo tempo em que possibilita fácil e rápido acesso a potenciais empregadores, para análise curricular e busca de perfil dos candidatos (RUSSEL, 2017, p. 01).

Na área da saúde, foi desenvolvido um sistema denominado *MedRec*, que possui a função de armazenar dados dos pacientes sempre que passarem por qualquer consulta médica, fornecendo

assim uma visão transparente e acessível do histórico médico, toda vez que buscar um profissional da saúde para qualquer consulta. Referido sistema, que antes operava por meio de extensas API⁸, atualmente, por meio da tecnologia *blockchain*, permite acesso integral e em tempo real aos registros dos pacientes, o que proporciona uma enorme evolução (AZARIA et.al., 2016, p. 25-26).

Com o advento da *blockchain*, ficou claro que a tecnologia tem aplicações em uma ampla gama de processos e transações. Há um mundo de possibilidades a explorar. A *blockchain* é uma rede básica de geração, uma infraestrutura que pode ser utilizada em *e-commerce*, pagamentos globais, remessas, empréstimos de pessoas a pessoas, microfinanciamentos e até mesmo na área da saúde, para armazenar dados relativos ao histórico de saúde das pessoas, ou seja, pode ser utilizada como um ambiente de armazenamento de dados, tornando-se um verdadeiro livro-registro (*digital ledger*), o que pode resultar em robustas mudanças da forma de registro das transações ao redor do mundo.

3 A BLOCKCHAIN SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A tecnologia *blockchain* ganha especial importância sob a ótica consequencialista e pragmática quando inserida na atual conjuntura social, tendo em vista que sua utilização resultará em inúmeros reflexos, não só para os que diretamente se relacionam com ela, mas para toda a sociedade, levando-se em consideração as bases sólidas contextualizadas pela análise econômica do Direito.

Nesse contexto de análise, as regras jurídicas são concebidas em uma feição instrumental, voltadas para a solução eficiente (REPSOLD; TABAK, 2018, p. 41), conforme se demonstrará adiante.

A análise das relações econômicas poderá levar à possibilidade de formulação e aplicação das normas jurídicas de forma que possibilitem torná-las mais eficientes sob a ótica de se obter um melhor desempenho econômico da nação, refletindo em consequente bem-estar social (FERREIRA; CATELI ROSA, 2018, p. 22).

⁸ API é um conjunto de rotinas e padrões de programação para acesso a um aplicativo de software ou plataforma baseado na rede mundial de computadores – internet. A sigla API é o acrônimo de “*Application Programming Interface*” ou, em português, “Interface de Programação de Aplicativos”. Utilizando-se de analogia, pode-se dizer que API é a 'matrix' dos aplicativos, ou seja, uma interface que roda por trás de tudo: enquanto você usufrui de um aplicativo ou site, a sua API pode estar conectada a diversos outros sistemas e aplicativos. E tudo isso acontece sem que você perceba. Uma API é criada quando uma empresa de software tem a intenção de que outros criadores de software desenvolvam produtos associados ao seu serviço. Existem vários deles que disponibilizam seus códigos e instruções para serem usados em outros sites da maneira mais conveniente para seus usuários (CARMO; CATELI ROSA, 2018, p. 165).

Sua utilidade reveste-se em encontrar a racionalidade de toda e qualquer decisão, independente de estar dentro ou fora do mercado, tendo em vista que toda atividade humana “[...] não instintiva se abarca nesse conceito e pode, por isso, ser economicamente analisada” (SCHMIDT, 2014, p. 206).

Segundo Richard Allen Posner (2010, p. 14), o Direito deve ser interpretado e pensado a partir dos princípios da Economia. Iniciando por uma lógica pragmática, defende um método de interpretação consequencialista para o Direito, transformando-o num instrumental pautado pelos efeitos das decisões jurídicas.

No mais, tratando-se da aplicação das normas por uma instituição, ponto essencial a se destacar é o ensinamento de Douglas North (1994, p. 359-368), para quem “[...] as instituições têm a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo”.

Dessa maneira, ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano, “[...] seus instrumentos mostram-se poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico” (NUSDEO, 2015, p. 43-44).

É sob essa perspectiva, ponderando-se as externalidades resultantes e a escolha racional, e principalmente os custos de transação envolvidos nas relações de registro, que se chegará à conclusão da presente pesquisa.

4 A QUESTÃO DAS EXTERNALIDADES NO ÂMBITO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Externalidades são os efeitos sociais, econômicos e ambientais indiretamente causados pela ação de um agente que de alguma forma participa desse contexto, ou seja, ocorre quando o bem-estar de uma determinada pessoa é afetado em função de decisões tomadas por outra(s) pessoa(s).

A questão das externalidades tem sido estudada de forma multidisciplinar, com cada área ressaltando seus próprios interesses e analisando o problema com uma ótica distinta (CATELI ROSA; CARMO, 2019, p. 91).

No que tange ao aspecto econômico, as externalidades ocorrem quando os agentes econômicos interagem no mercado, gerando, de alguma forma, malefícios ou benefícios para indivíduos

alheios ao processo. É por tal motivo que Francisco Mochón (2006, p. 131) as reconhece como uma falha de mercado⁹.

Ana Maria Nusdeo (2012, p.19) as define como “[...] custos ou benefícios cujos ônus ou vantagens recaem sobre terceiros, não participantes de uma relação de mercado”. Segundo Francisco Mochón (2006, p. 135) “[...] uma **externalidade positiva** aparece quando o subproduto de uma atividade ou serviço beneficia a terceiros em vez de prejudicar-lhes” e ela “[...] pode ser corrigida mediante um subsídio igual à diferença entre o valor social e o valor privado, conseguindo que o mercado seja eficiente” (grifo do autor, tradução nossa). De outro giro, a externalidade negativa aparece quando o subproduto de uma relação jurídico-econômica prejudica a terceiros em vez de beneficiar-lhes e ela pode ser corrigida por meio de sua internalização aos custos de produção.

Portanto, as externalidades revelam-se no impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela (MESSIAS; SOUZA, 2017. p. 536). Elas podem ser positivas ou negativas, ou seja, podem gerar benefícios ou malefícios à sociedade. Com efeito, verifica-se que ponto essencial do conceito de externalidade ora ventilado, é que as vantagens e/ou os ônus resultantes das transações não são aproveitadas pelos que delas participam, mas sim por terceiros. Para Fábio Nusdeo (1975, p. 124) que:

Em suma, os efeitos externos ou externalidades representam benefícios ou custos que se transferem de umas unidades do sistema econômico para outras para a comunidade como um todo, extra-mercado, isto é, este não tem condições para captá-los, para equacionar o seu processo de troca e de circulação. Daí o nome de custo social dado também ao efeito externo negativo ou deseconomia externa. Na realidade, ele é um custo que deixa de ser incorrido pela unidade que o gerou, por aquele que conduz a atividade à qual serviu. Ele deixa assim de ser privado, para recair indiretamente sobre terceiros que poderão vir a ser identificados ou não.

Dessa forma, tem-se que as externalidades podem ser positivas (quando há ganhos sem pagamento por seus benefícios marginais) ou negativas (quando há perdas em função de um malefício adicional sem serem compensadas), tudo em função de atividades de outros indivíduos cujos atos não se comunicam diretamente com esses que ganham ou perdem.

Tem-se, assim, que externalidades positivas são benefícios acarretados a alguém sem qualquer compensação ao seu gerador. Podem-se citar, como exemplos, as consequências econômicas

⁹ As falhas ou imperfeições de mercado ocorrem quando as empresas, no âmbito de um mercado competitivo e buscando maximizar seus interesses próprios, tomam decisões que não atendem ao interesse social, ou seja, tomam decisões visando maximizar seus benefícios a partir de uma análise pautada exclusivamente nos custos e benefícios privados, ignorando os custos e benefícios gerais. Dessa forma, as falhas de mercado consubstanciam-se “[...] na situação em que o custo marginal social não é igual ao benefício marginal” (NEVES, 2016, p. 16).

positivas que ocorrem quando uma empresa desenvolve um método de produção ou administração de baixo custo que é absorvida gratuitamente por outra empresa ou quando um fazendeiro preserva uma área florestal que favorece gratuitamente a proteção do solo de outros fazendeiros.

Por outro lado, as externalidades negativas, são aquelas que causam um custo para alguém, determinado ou indeterminado, sem que o tenham ocasionado. Um exemplo é a degradação ou exaustão de recursos ambientais decorrentes das atividades de produção e consumo de certos bens que prejudicam a saúde humana e a produção de outros bens que também destroem a fauna e a flora (MOTTA, 1997, p. 224). Ou seja, perdas em função de um malefício sofrido por pessoas sem serem compensadas, tudo em função de atividades de outros indivíduos cujos atos não se comunicam diretamente com esses que perdem.

No campo jurídico, o estudo das externalidades tem origem no trabalho de Ronald H. Coase (1960, p. 2), que propõe analisá-las a partir da noção de custo de oportunidade, uma análise comparativa entre a receita obtida de uma dada combinação de fatores e as possibilidades de receitas que seriam obtidas com arranjos alternativos. Assim, em vez de tratar os fatores de produção como coisas, Ronald H. Coase propõe considerá-los como direitos.

Nesse sentido, o direito de fazer algo que produza um dano para outros também pode ser visto como um fator de produção, ou seja, o custo de exercer esse direito (de usar um fator de produção) é sempre uma perda para quem sofre os efeitos do seu exercício.

Dessa forma, Ronald H. Coase (1960, p. 2) inverteu os termos em que a questão era tradicionalmente considerada, atribuindo-lhe uma abordagem dual, pois, segundo ele:

A abordagem tradicional tende a obscurecer a natureza da escolha que deve ser feita. A questão é geralmente considerada como aquela em que “A” proporciona dano sobre “B” e o que deve ser decidido é: como devemos restringir “A”? Mas isso é errado. Estamos lidando com um problema de natureza recíproca. Para evitar o dano a “B”, isso causaria dano em “A”. A questão real que deve ser decidida é: deve ser permitido a “A” prejudicar “B” ou deve ser permitido a “B” prejudicar “A”? O problema é evitar o dano mais grave (tradução nossa).

Segue Ronald H. Coase (1960, p. 2) em seu raciocínio, exemplificando da seguinte forma:

O problema dos gados que escapam e destroem culturas em terras vizinhas. Se é inevitável que algum gado escape, um aumento no suprimento de carne só pode ser obtido em detrimento de uma diminuição no fornecimento de culturas. A natureza da escolha é clara: carne ou culturas. E a resposta que deve ser dada não é óbvia, a menos que possamos saber o valor do que é obtido, bem como o valor do que é sacrificado para obtê-lo (tradução nossa).

Verifica-se que o problema não é simplesmente evitar danos, mas sim evitar o dano maior. O que deve ser avaliado é se é viável, do ponto de vista da sociedade, permitir ou inibir a ação de “A”, e a resposta não é óbvia, a menos que se conheça os valores dos ganhos e perdas envolvidos na questão.

Portanto, tendo por base a análise econômica do Direito, referencial teórico adotado no âmbito da presente pesquisa, verifica-se que as tomadas de decisões no momento da aplicação das leis devem levar em consideração todos os valores envolvidos na questão sob análise, direta e indiretamente, devendo-se considerar todas as externalidades em busca da eficiência.

5 VIABILIDADE DA *BLOCKCHAIN* A PARTIR DE UMA ANÁLISE ACERCA DE EVENTUAIS CUSTOS DE TRANSAÇÃO ENVOLVIDOS

A análise dos custos de transação é de suma importância para verificar a viabilidade da *blockchain* no atual cenário nacional.

Referidos custos são aqueles relacionados à concretização de uma relação comercial, que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato.

Oliver Williamson (1985, p. 18) explica que os custos de transação são aqueles relacionados à movimentação do sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção, pois, estes estão “[...] relacionados a outros fatores como matéria-prima e mão de obra”.

Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 105) esclarecem que os custos de transação são aqueles relacionados “(i) à busca de interessados no negócio; (ii) às despesas para negociação e formalização das transações; e (iii) aos custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual”.

As despesas para negociação estão intimamente ligadas aos fundamentos da *blockchain*, vez que englobam também recursos destinados ao registro do negócio, que poderão ainda ser distribuídos para toda a sociedade.

É importante ressaltar que, diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, os indivíduos sempre perseguirão a sua redução, levando em consideração o ordenamento jurídico a que estão sujeitos e a forma de atuação das instituições jurídicas.

Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, conforme já abordado em relação às externalidades. Assim, na presente investigação, considera-se eficiente o cenário pelo qual haja redução dos custos de transação.

A perda de recursos/esforços representa um custo social, o que é indesejável sob qualquer perspectiva, de forma que a utilização do Direito na produção e aplicação de normas deve visar o alcance do melhor resultado econômico com o mínimo de erros ou perdas, o que resultará na obtenção de melhor rendimento e alcance dos objetivos de maneira mais produtiva, tornando nítida a necessidade de se considerar a relação existente entre Direito e Economia.

Assim, pode-se afirmar que o Direito é um sistema que influi e é influenciado pelas instituições sociais existentes na comunidade em que se aplica. Por isso, defensores da teoria evolucionista das sociedades admitem que o conjunto de regras socialmente predispostas serve à organização das relações intersubjetivas¹⁰ e, em dado momento, se consagra como Direito posto. Assim, fatores econômicos estarão envolvidos no processo de criação e aplicação das normas (ZYLBERSZTAJN; STAJN, 2005, p. 83).

Frise-se ainda que a análise econômica é aplicável a todos os ramos do Direito. Conforme apontado por Cabanellas (2006, p. 22):

Isso não implica afirmar que todos os comportamentos humanos, ou comportamentos jurídicos, são motivados exclusivamente por considerações econômicas, ou que eles devem ser julgados apenas nesta perspectiva. Isso implica que, mesmo que advenha de normas com motivos extraeconômicos e que regulam as atividades com finalidades extraeconômicas, tais regras terão efeitos econômicos que podem ser descritas e analisadas (tradução nossa).

É assim que a análise econômica do Direito procura dar resposta a duas perguntas: como se vê afetado o comportamento dos indivíduos e das instituições pelas normas legais? E em termos de medidas de bem-estar social definidas de forma rigorosa, quais são as melhores normas e como se podem comparar diferentes normas legais? (MAIA, 2007, p. 42)

Deve ficar claro que, sob a perspectiva da análise econômica do Direito, a regulação do Estado deve visar sempre à eficiência demonstrada pelos princípios econômicos, entretanto, essa eficiência deve visar a melhor alocação de recursos pela e para a sociedade, e não para determinados grupos ou pessoas (TIMM, 2009, p. 04).

¹⁰ As relações intersubjetivas favorecem o avanço “[...] da dogmática insuficiente à epistemologia adequada, que pergunte os porquês do Direito, ou à práxis atenta aos valores e à responsabilidade que estão presentes na intersubjetividade” (PEPÊ; HIDALGO, 2013, p. 299).

Ou seja, diante de mais de uma possibilidade, deve-se optar por aquela que aloque os recursos de forma a proporcionar maior vantagem para a sociedade, analisando-se os custos e benefícios da consequência, optando-se por aquela conduta que vá refletir em menor custo e maior benefício social.

O sistema jurídico e as instituições devem conferir segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, protegendo as expectativas dos agentes econômicos, o que corresponde a um importante papel institucional e social, a fim de minimizar problemas de comunicação entre as partes, salvaguardar os ativos e expectativas de cada um dos agentes, criar proteção contra o comportamento oportunista e gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco (TIMM, 2015, p. 213-214).

É sob essa perspectiva que a presente investigação busca analisar a questão acerca da eficiência da implementação da nova tecnologia *blockchain*, levando-se em consideração princípios da economia relacionados aos custos de transação e às externalidades, considerando-se mais eficiente o cenário que apresentar melhor alocação de recursos para a sociedade, menores custos de transação, externalidades positivas e alinhamento com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar, por exemplo, em relação ao Oportunismo, relacionado à assimetria de informação e ao uso desta para o alcance de alguma vantagem (Williamson, 1985, p. 57), que a utilização da *blockchain* como um mecanismo de transparência e geração de confiança entre os *stakeholders*¹¹ impacta na diminuição da influência dessa variável nas transações, reduzindo assim os custos transacionais.

Assim, conforme assevera Fernanda da Silva Momo (2019, p. 109), a *blockchain* possui potencial de otimização da eficiência e, portanto, redução de custos transacionais, pois foi concebida para funcionar em situações que necessitam de um mecanismo de confiança. Os custos de transação são reduzidos principalmente pelas características da *blockchain* que permitem uma maior segurança da informação e acabam por modificar diversos processos tornando-os mais simples, transparentes e ágeis.

¹¹ Daniela Lopes Ladeira (2009, p. 26; 45) disserta que “*Stakeholder* ou, em português, “parte interessada” ou “interveniente”, refere-se a todos os envolvidos em um processo, por exemplo, clientes, colaboradores, investidores, fornecedores e comunidade. Uma organização que pretende ter uma existência estável e duradoura deve atender, simultaneamente, às necessidades de todas as suas partes interessadas. Para fazer isso, ela precisa gerar valor, isto é, a aplicação dos recursos usados deve gerar um benefício maior do que seu custo total, assim, o termo “*stakeholders*” designa todas as pessoas ou instituições públicas ou privadas que, de alguma maneira, são influenciadas pelas ações de uma. [...]Vale ressaltar que *stakeholders* são como pessoas, grupos e empresas de interesse, que se relacionam com a organização, afetando-a e sendo por ela afetados. Se a estratégia for eficaz, a satisfação de todos os

6 REFLEXOS DA IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA *BLOCKCHAIN* PARA A SOCIEDADE

Os objetivos do Estado brasileiro são apresentados pelo Art. 3º da Constituição Federal de 1988¹², dentre os quais encontram-se a construção de uma sociedade justa, solidária, com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, vale trazer à baila os apontamentos de Barbas Homem (2003, p. 314), sobre a formação e a razão do Estado, ao afirmar que compreender o Estado Moderno, além de temas como guerra e paz relacionados e dependentes da diplomacia internacional, requer o estudo do Direito das Gentes, assim como a compreensão da formação e da razão do Estado.

Diante dos objetivos insculpidos no Art. 3º da Constituição Federal de 1988, torna-se evidente que a razão do Estado brasileiro é a construção de uma sociedade justa com a redução de desigualdades sociais (BRASIL, 1988).

Para o fim de se verificar o alinhamento do atual cenário com os objetivos sociais da nação, bem como aos preceitos de eficiência derivados da análise econômica, a investigação apresenta dados de dois dos maiores órgãos de registro do Brasil, quais sejam os cartórios e as instituições financeiras.

A arrecadação dos cartórios brasileiros atingiu novo recorde nominal no ano de 2019, arrecadando a impactante quantia de R\$ 15,9 bilhões. Os dados extraídos da plataforma Justiça Aberta do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) indicam também que as serventias tiveram receita de R\$ 97 bilhões entre os anos de 2013 a 2019, tudo sem correção monetária (CNJ, 2020, n.p).

É possível verificar, por meio da mesma plataforma, que os titulares de cartório recebem frequentemente acima do teto constitucional (R\$ 39,3 mil); que os campeões de arrecadação, 9º Ofício de registro de imóveis do Rio de Janeiro e 11º Ofício de registro de imóveis de São Paulo, nos últimos 15 anos (2005-2019), arrecadaram respectivamente R\$971 e R\$811 milhões de reais.

stakeholders será gradual e perene, pois os acionistas, empregados, comunidade, governo, e fornecedores também estarão realizados, não apenas o cliente” (LADEIRA, 2009, p. 26; 45).

¹² Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Os números são fruto do atual sistema de registros cartorários da sociedade brasileira, que permite sua centralização e monopólio.

No que diz respeito ao setor financeiro, a tecnologia *blockchain*, além das criptomoedas, oferece a possibilidade de eliminar qualquer entidade bancária intermediária que possa onerar e até mesmo atrasar uma grande transação de valores. A eliminação dos intermediários e seus custos associados proporcionaria maior agilidade nas transações financeiras, haja vista tratar-se de sistema que conecta diretamente as partes envolvidas. Mercados de ações, como a NASDAQ, já começaram a usar a *blockchain* em transações com títulos privados (ABUHAYAR et. al., 2018, p. 33).

O atual sistema financeiro nacional funciona de forma que as casas bancárias detenham o monopólio de registro das movimentações financeiras. Da mesma forma que os cartórios, o setor bancário apresenta resultados financeiros vultuosos, ano após ano. Só no ano de 2019, o lucro do setor atingiu a cifra de R\$ 118,7 bilhões (SSEB, 2020, n.p).

É nesse cenário que a tecnologia *blockchain* será capaz de introduzir modificações de vasto alcance, passíveis de atingir todos os agentes econômicos que, de alguma forma, realizam transações que necessitam de registro.

Referido instituto ganha especial importância sob a ótica pragmática e de melhor alocação de recursos pela sociedade quando inserido na atual conjuntura social, tendo em vista que sua utilização resultará em inúmeros reflexos, não só para os que diretamente relacionam-se com estes, mas para toda a sociedade, levando-se em consideração as bases sólidas contextualizadas pela análise econômica do Direito.

De início, a análise dos custos de transação é de suma importância para verificar a viabilidade da *blockchain* no atual cenário nacional. Referidos custos são aqueles relacionados à concretização de uma relação comercial, que não envolvem a manufatura do objeto transacionado. Esses custos podem ser definidos, por exemplo, como custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato.

Conforme mencionado por Robert Cooter e Thomas Ulen (2010, p. 105), dentre os custos de transação encontram-se aqueles relacionados à busca de interessados no negócio e as despesas para negociação e formalização das transações. Referidos custos estão intimamente ligadas aos fundamentos da *blockchain*, vez que inova em relação à busca de interessados no negócio, o que ocorrerá eletronicamente com significativa redução de custos, bem como em relação aos recursos destinados ao registro do negócio, que serão menores e poderão ainda ser distribuídos entre os

mineradores.

Nesse sentido, a redução dos custos de transação relaciona-se com a busca de maior eficiência na esfera econômica, proporcionando externalidades positivas, conforme já abordado anteriormente no que diz respeito às externalidades, o que pode ser viabilizado com a utilização da *blockchain* para promover registros de operações e também de serviços públicos.

Conforme já explanado, é possível averiguar que referida tecnologia é capaz de proporcionar maior segurança e eficiência no registro de transações, vez que o armazenamento é descentralizado e mais rápido, ocorrendo quase que em tempo real à sua realização, o que a coloca também como mais eficiente no que diz respeito à melhor alocação de recursos para a sociedade, indo ao encontro dos objetivos do Estado brasileiro, conforme Art. 3º da Constituição Federal de 1988, haja vista que é capaz de proporcionar maior justiça e redução de desigualdades sociais, por meio da descentralização da arrecadação dos recursos.

Por fim, sob a ótica consequencialista e pragmática da análise econômica do Direito, a utilização da tecnologia da *blockchain* em larga escala mostra-se extremamente viável, haja vista que proporciona eficiência, redução dos custos de transação, bem como a descentralização dos ganhos com a elaboração dos registros, promovendo distribuição de riqueza, o que resulta em ganhos sociais, quando confrontado com o atual sistema de registros, que proporciona ganhos apenas aos poucos que os detêm.

CONCLUSÃO

O fundamento da tecnologia *blockchain* tem por base a descentralização dos registros, de forma que se elimina o agente intermediador das transações, que no sistema tradicional é responsável pela guarda das informações.

Referida tecnologia é capaz de proporcionar maior segurança e eficiência ao registro de transações, vez que o armazenamento é descentralizado e mais rápido, ocorrendo quase que em tempo real à sua realização.

Verificou-se que no Brasil, existe uma centralização dos sistemas de registros de transações, a exemplo dos cartórios e das instituições financeiras, o que resulta em altos ganhos para poucos, situação que vai na contramão dos objetivos do Estado brasileiro.

Diante desse cenário, a utilização da *blockchain* pode resultar na diminuição dos custos de transação, proporcionando também uma redistribuição dos valores que incidem sobre os registro

aos próprios usuários do sistema.

Tendo em vista o referencial teórico ora adotado, verifica-se que a tecnologia *blockchain*, ao proporcionar a descentralização dos registros, proporciona ganhos sociais, tendo em vista que incorre em diminuição dos custos de transação gerados pelo processo atual, resultando em ganho de eficiência vista sob a ótica da racionalidade oferecida pelo instrumental empírico teórico da economia.

Por fim, a investigação concluiu que, sob a ótica consequencialista e pragmática da análise econômica do Direito, o instituto estudado mostra-se extremamente viável, haja vista que proporciona eficiência, externalidades positivas, redução dos custos de transação, bem como a descentralização dos ganhos com a elaboração dos registros, promovendo distribuição de riqueza, o que resulta em ganhos sociais, quando confrontado com o atual sistema de registros, que proporciona ganhos apenas aos poucos que os detêm.

REFERÊNCIAS

ABUHAYAR, Carlos Mitre et.al. Descifrando la blockchain. **Revista Nuevas Tendencias**, Pamplona, n. 100, p. 32-37, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revistas.unav.edu/index.php/nuevas-tendencias/article/view/35187>. Acesso em 07 mai. 2020.

AZARIA, Asaph et.al. MedRec: Using blockchain for medical data access and permission management. In: **Open and Big Data (OBD)**. International Conference on, Vienna, Austria, p. 25-30, IEEE, 2016. DOI: [10.1109/OBD.2016.11](https://doi.org/10.1109/OBD.2016.11). Disponível em: <https://www.media.mit.edu/publications/medrec/>. Acesso em: 08 mai 2020.

BILONIA, Shashank. **What is the working principle of blockchain technology?** [S.I]: Quora, 2018. Disponível em: <https://www.quora.com/What-is-the-working-principle-of-block-chain-technology>. Acesso em: 07 mai. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 07 mai. 2020.

CABANELLAS, Guillermo. El análisis económico del derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. In: KLUGER, Viviana (Org.). **Análisis económico del derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 21-37.

CARMO, Valter Moura, CATELI ROSA, André Luís. Validade da tributação em relação à monetização auferida por meio do fornecimento gratuito de dados e do desenvolvimento e disponibilização gratuitos de programas e aplicativos. **Revista Jurídica Unicuritiba**, vol. 04, n. 52, p. 156-189, jul./set. 2018. DOI: [10.6084/m9.figshare.7626923](https://doi.org/10.6084/m9.figshare.7626923). Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3235/371371751>. Acesso em: 08 mai. 2020.

CASEY, Michael J.; VIGNA, Paul. **The age of cryptocurrency: how bitcoin and digital money are challenging the global economic order**. New York: St. Martin's Press, 2015.

CATELI ROSA, André Luís; CARMO, Valter Moura do. O aumento do custo recursal no novo Código de Processo Civil brasileiro: uma análise econômica. **NOMOS: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, Fortaleza, v. 39, nº 1, p. 87-108, jan/jun, 2019. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/33039/99390>. Acesso em: 07. mai. 2020.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Justiça aberta: relatório de arrecadação, 2020**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?. Acesso em: 05 mai. 2020.

COASE, Ronald Harry. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p.1-44, oct. 1960. Disponível em: http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 05 mai. 2020.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia**. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DUCA, John V. **Subprime Mortgage Crisis 2007–2010**. Washington D.C.: Federal Reserve History, 2013. Disponível em: https://www.federalreservehistory.org/essays/subprime_mortgage_crisis. Acesso em: 07 mai. 2020.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; CATELI ROSA, André Luís. Compliance: contribuição ao desenvolvimento social por meio da Foreign Corrupt Practices Act. **Revista de Direito Empresarial – RDEmp**, Belo Horizonte, ano 15, n. 2, p. 13-31, maio/ago. 2018.

HOMEM, António Pedro Barbas. **História das Relações Internacionais: o Direito e as concepções políticas na Idade Moderna**. Coimbra: Almedina, 2003.

LADEIRA, Daniela Lopes. **Teoria dos stakeholders no contexto da governança corporativa: Um estudo de caso**. 2009. 105f. Dissertação (Mestrado em Ciências Empresariais) – Universidade FUMEC. Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.fumec.br/revistas/pdma/article/view/4662/2366>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MAIA, Douglas Leonardo Costa. **Paradigmas da análise econômica do direito, para o estudo da intervenção estatal, por direção, sobre a ordem econômica brasileira**. 2007. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito). UNIMAR – Universidade de Marília, 2007. Disponível em: <http://dominiopublico.mec.gov.br/download/teste/arqs/cp062636.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MELO, Leticia. Régimen jurídico de blockchain: una prueba atípica. **Revista de Bioética y Derecho** [online], Barcelona, n. 46, p. 101-116, out. 2019. Disponível em: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1886-58872019000200007. Acesso em 08 mai. 2020.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; SOUZA, Paulo Roberto Pereira de. Responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras: análise sob uma perspectiva combinada do constructivismo lógico-semântico com o law and economics. **Revista Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 522-559, set./dez. 2017. DOI:

10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i3.16556. Disponível em: <https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/16556>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MOCHÓN, Francisco. **Principios de Economía**. 3. ed. Madrid: McGRAW-HILL, 2006.

MOMO, Fernanda da Silva. **Blockchain: Efeitos nos custos de transação, a partir da governança da informação**. 2019. 140f. Tese (Doutorado em Administração) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/200716/001103317.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 mai. 2020.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. **Manual para valoração econômica de recursos ambientais**. Rio de Janeiro: IPEA/MMA/PNUD/CNPq, 1997. Disponível em: <http://www.terrabrasil.org.br/ecotecadigital/pdf/manual-para-valoracao-economica-de-recursos-ambientais.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

NEVES, Antonio Francisco Frota. Direitos fundamentais econômicos e a segurança jurídica. In: GONÇALVES, Everton Das Neves; VITA, Jonathan Barros; MELEU, Marcelino (coords.). **Direito, economia e desenvolvimento sustentável I**. [Recurso eletrônico on-line]. Organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF; Florianópolis: CONPEDI, 2016. p.93-108. Disponível em: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/y0ii48h0/dasuj89a/wblxK38EN477e3p1.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.

NORTH, Douglas. Economic performance through time. **The American Economic Review**, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/cf09/d359f3a281ceb1b3b455a2b5bce3db6aae5d.pdf>. Acesso em: 07 mai. 2020.

NUSDEO, Fábio. **Desenvolvimento e ecologia**. São Paulo: Saraiva, 1975.

NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. **Pagamento por serviços ambientais: sustentabilidade e disciplina jurídica**. São Paulo: Atlas, 2012.

PEPÊ, Albano Marcos Bastos; HIDALGO, Danilea Boito Maurmann. Da Disciplina à Transdisciplinaridade pela Transgressão Waratiana: uma releitura heideggeriana do ensino jurídico. **Seqüência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 283-303, jul./dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v34n66p283>. Acesso em: 07 mai. 2020.

POSNER, Richard Allen. Values and consequences: As an introduction to economic analysis of law. **Review University of Chicago Law School**. John M. Olin law & Economics Working Paper n. 53. 2D Series. Chicago: 1998. Disponível em https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/608/. Acesso em: 07 mai. 2020.

POSNER, Richard Allen. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REPSOLD, Max Brito; TABAK, Benjamin Miranda. Instrumentos metodológicos da análise econômica do direito e eficiência das políticas públicas executadas pelo terceiro setor. **Revista**

Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 16, n. 23, p.28-53, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://periodicos.unichristus.edu.br/index.php/opiniaojuridica/article/download/1487/708>. Acesso em: 07 mai. 2020.

ROSINI, Kadamani. **Blockchain e o futuro do registro de imóveis eletrônico**. São Paulo: Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário, 2017. Disponível em: <http://www.irib.org.br/noticias/detalhes/blockchain-e-o-futuro-do-registro-de-imoveis-eletronico-undefined-palestra-i>. Acesso em: 07 mai 2020.

RUSSEL, Jon. Sony wants to digitize education records using the blockchain. [S.I.]: **Revista Techcrunch.com** [online], 2017. Disponível em: <https://techcrunch.com/2017/08/09/sony-education-blockchain/>. Acesso em: 08 mai 2020.

SCHMIDT, Albano Francisco. Os primeiros 30 anos do fundo de defesa de direitos difusos sob a luz da análise econômica do direito: “contribuintes”, projetos apoiados e novas perspectivas sociais. **Argumentum: Revista de Direito**, Marília, n. 15, p. 201-226, jan./dez. 2014. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/89>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SCULL, Bem. **Blockchain**: Por que os profissionais contábeis e tributários devem adotar esta tecnologia. [S.I.]: Thomson Reuters, [201-]. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/sala-de-imprensa/blockchain-por-que-profissionais-contaveis-e-tributarios-devem-adotar-esta-tecnologia.html>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SEEB – Sindicato do Bancários de Sergipe. **Bancos têm lucro de R\$ 118,7 bilhões em 2019**. [S.I.]: SEEB, 2020. Disponível em: <http://bancariose.com.br/conteudo/22130/bancos-tem-lucro-de-r-bilhoes-em>. Acesso em: 05 mai. 2020.

SICHEL, Ricardo Luiz; CALIXTO, Sidney Rodrigues. Criptomoedas: impactos na economia global. Perspectivas. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 10, nº 3, p. 1622-1641, jul./set. 2018. DOI: 10.12957/rdc.2018.33096. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/download/33096/26015>. Acesso em: 07 mai. 2020.

SOBRINHO, Ranulfo Paiva et. al. Tecnologia Blockchain: inovação em Pagamentos por Serviços Ambientais. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 33, n. 95. p. 151-175, jan./abr. 2019. DOI: [10.1590/s0103-4014.2019.3395.0010](https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2019.3395.0010). Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142019000100151. Acesso em: 07 mai. 2020.

TAPSCOTT, Alex; TAPSCOTT, Don. **Blockchain revolution**: how the technology behind bitcoin is changing Money, business, and the world. New York: Portfolio, 2016.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Volume 2, 2009, p. 1-39. Disponível em: <http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/26/24>. Acesso em: 29 out. 2019.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro**: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. São Paulo: Atlas, 2015.

WATSON, Stuart. What is a blockchain. **Modus**, London, n. 01, p. 20-23, feb. 2018.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. Nova York: The Free, 1985.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2005.

SMART CITIES: UM CAMINHO À EXTRAJUDICIALIZAÇÃO

SMART CITIES: A WAY TO EXTRAJUDICIALIZATION

Márcia Walquiria Batista dos Santos¹
Luís Pedro Ferreira Lima²

RESUMO: O presente artigo dedica-se a enfrentar o declínio do modelo burocrático da administração pública e a ascensão da gestão eficiente, fundada na *e-governance*, com a participação mais ativa da sociedade na consecução dos serviços públicos. Essa nova gestão é o campo propício para o desenvolvimento de um novo modelo de cidade inteligente, na qual sociedade e tecnologia se apresentam como indissociáveis ao seu gerenciamento, inclusive nas questões relativas às soluções de controvérsias em que o Poder Judiciário deixa de deter essa exclusividade, cedendo espaço para os entes privados que, outrossim, irão praticar tal mister, fenômeno que é conhecido como extrajudicialização.

Palavras-chave: Administração pública gerencial. *E-governance*. *Smartcities*. Conciliação. Arbitragem.

ABSTRACT: This article is dedicated to face the decline of the bureaucratic model in public administration and the rise of efficient management, based on *e-governance*, with a more active participation of society in the provision of public services. This new management is the propitious field for the development a new model of smart city, which qualifies society and technology presents itself as inseparable from its management, including solutions based on controversies in which the Judiciary fails to stop this exclusivity, and giving space to private entities that can practice it, a phenomenon that is known as extrajudicialization.

Key-words: Public administration. *E-governance*. *Smart cities*. Conciliation. Judicial arbitration.

¹ Pós-Doutora em Gestão de Políticas Públicas pela Escola de Artes, Ciências e Humanidades - EACH/USP. Doutora em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Titular do Programa de Mestrado em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais da Escola Paulista de Direito – EPD. Coordenadora Técnico-Jurídica do Instituto Brasileiro de Educação e Gestão Pública - IBEGESP. Ex-Assessora Técnica do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e Ex-Procuradora Geral da Procuradoria da USP.

² Mestrando em Soluções Alternativas de Controvérsias Empresariais pela Escola Paulista de Direito – EPD. Especialista em Gestão Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal da Bahia – UFBA. Professor Titular da Graduação em Direito da Unime Lauro de Freitas (BA). Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Por muito tempo vigorou um descompasso entre a gestão privada e a gestão pública. A pública era alheia aos parâmetros inerentes à alta governança fundados na eficiência, qualidade, controle de metas e resultados, os quais, historicamente, eram afeitos à iniciativa privada, pois, por uma questão nítida de sobrevivência, as empresas precisam apresentar resultados positivos naquele seu ramo de atividade.

A realidade, porém, era oposta no setor público.

O histórico da administração pública estava arraigado num lento e burocrático sistema em que ele mesmo pugnava contra à otimização da gestão, impactando diretamente na claudicante prestação de serviços públicos que eram ofertados à sociedade. Por uma questão estrutural, a burocracia esbarrava-se na eficiência e vice-versa.

O público era avesso ao privado e, em decorrência disso, a gestão eficiente não conseguia ser implementada na órbita do Poder Público.

A solução para tal crise administrativa só foi superada quando o setor público se valeu de mecanismos eficientes de gestão típicos da iniciativa privada e os adotaram como indissociáveis à governança pública.

No Brasil, essa circunstância descrita pode ser verificada com a evolução da administração pública burocrática para o modelo gerencial, com a adoção do *e-governance*, que promove uma substancial mudança na gestão pública permitindo o desenvolvimento de novos modelos de cidades fundadas nessa prática de gestão eficiente e com a participação do privado na consecução de fins públicos.

2. O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Direito Administrativo fornece um conjunto harmônico de regras e princípios com o objetivo de estruturar o funcionamento das entidades e órgãos integrantes da administração pública, em prol do interesse do público. Em razão disso, a doutrina clássica enquadra-o no ramo do direito público.

É bem verdade que a abordagem dicotômica entre o direito público e o direito privado tem que ser vista sob temperamentos, até porque ambos os institutos são mais intercambiáveis do que independentes.

Norberto Bobbio (1990, p. 18) define o direito público como aquele imposto pela autoridade, mediante um comando obrigatório denominado “lei”, ao passo que o direito privado seria aquele adstrito a reger as relações intersubjetivas, os acordos bilaterais. Há, indubitavelmente, uma flexibilização de regência nas relações eminentemente privadas, tendo em vista que, neste caso, o direito é utilizado com a finalidade precípua de, tão somente, atender imediatamente os interesses daqueles que são atingidos diretamente por uma relação jurídica, sem qualquer interferência externa, como, por exemplo, ocorre na compra e venda de um imóvel particular. Aqui, os contratantes têm plena autonomia privada para firmar o contrato em conformidade com os seus interesses, de modo que o vendedor estabelecerá o preço do bem e, por conseguinte, o comprador poderá aceitar todos os termos ou então fazer uma contraproposta que poderá ser aceita pelo vendedor. Nesse contrato particular, não haverá qualquer invalidade se a venda for ultimada em valor superior ou inferior ao anúncio feito pelo credor, pois estará diante da autonomia privada.

Ao revés, o direito público confere uma série prerrogativas que têm a essência de preservar o Estado diante das relações jurídicas, até porque ele possui uma característica que não é verificada nas relações privadas, qual seja, o interesse público. Com efeito, a noção de Estado está intrinsecamente relacionada à realização do bem comum (DALLARI, 2002, p. 118), razão pela qual o ordenamento jurídico lhe confere prerrogativas para tanto, que não são verificadas nas situações particulares. De volta ao supramencionado exemplo, só que, agora, envolvendo a alienação de um bem público, observa-se que, nessa situação específica, o ordenamento estipula um procedimento mais rígido com o intuito de obstar eventuais prejuízos que possam ser suportados pelo ente público. Para tanto, a alienação tem que ser submetida aos seguintes requisitos³: a) autorização legislativa; b) interesse público devidamente justificado; c) avaliação prévia; d) procedimento licitatório.

Não há, portanto, a plena disponibilidade dos direitos nas relações que envolvem o Estado, assim como se verifica nas relações entre particulares.

Sucedo que, atualmente, a definição clássica de direito privado (plena autonomia da vontade) e direito público (supremacia do interesse público sob o privado) não pode ser mais encarada inexoravelmente sob esse viés. São necessárias certas ponderações, sobretudo pelo dirigismo estatal que é realizado nas relações eminentemente privadas em que a boa-fé é “consagrada como meio auxiliador do aplicador do direito para a interpretação dos negócios, particularmente dos contratos” (TARTUCE, 2005, p. 172), não merecendo prosperar, destarte, atos de vontade que estejam em notória dissonância com a boa-fé objetiva, a moral e os bons costumes. Tanto é assim

³ Vide art. 17, da Lei n.º 8.666/1993.

que Menezes Cordeiro (2001, p. 745-746) desenvolveu a noção das figuras parcelares da relação obrigacional que correspondem a uma cláusula geral da boa-fé objetiva, que tem a finalidade de exprobrar a ocorrência de comportamentos contraditórios, inclusive a questão de desequilíbrio da relação jurídica.

Por outro lado, não há que se falar peremptoriamente que todas as relações em que o Estado figure será amparada pelo direito público, por meio de todas as garantias que lhes são ínsitas, até porque é possível que a relação jurídica ocorra exclusivamente no âmbito do direito privado, v.g., quando o Poder Público celebra um contrato de aluguel na condição de locatário, ou quando for o destinatário final de um bem de consumo.

É forçoso afirmar que, tanto o direito privado quando o direito público, atuam em complementariedade e interconexão recíprocas, não havendo mais razão para se afirmar na total dessintonia entre ambos.

Deveras, o conjunto de regras e princípios que são fornecidos pelo Direito Administrativo têm a função de justamente conferir legitimidade à atuação do Poder Público e harmonia com os direitos que são garantidos aos indivíduos. Há, assim, uma sobressalente necessidade de predefinir os limites do poder público, obstando a infringência dos direitos e garantias dispendidos aos indivíduos. É a necessidade manifesta que o Estado possui de respeitar os limites da justiça como é bem ponderado por John Rawls, no sentido de que a “justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento” (1997, p. 3).

Não se pretende corroborar com as posições autoritárias dos realistas políticos, de modo que os Estados podem ser justificados mesmo quando forem injustos, nem tampouco com os anarquistas libertários, os quais sustentam a tese segundo a qual a própria essência dos Estados, por si só, já viola os direitos naturais dos indivíduos e, por consequência lógica, é ilegítimo, conforme aduzido por Robert Nozick: “todos os Estados existentes e praticamente todos os Estados viáveis são ilegítimos” (1999, p. 11-12).

Porém, é o contratualismo hobbesiano que desenvolve a teoria apta a corroborar a existência do Estado em consonância com a questão envolvendo os direitos naturais. Isso porque, no estado de natureza, os indivíduos possuem múltiplos direitos sobre todas as coisas, logo, há uma ausência de deveres e obrigações contrárias, o que implica na ausência de noção de justiça. Deveras, pode-se afirmar que os direitos individuais, inexistentes no estado de natureza, surgem com o estabelecimento do próprio Estado, pois, como adverte Christopher Morris, a existência de sanções legítimas (decorrentes do poder de governo) é imprescindível para a existência de direitos: “Convenções, sem a Espada, nada mais são que palavras e, de qualquer forma, sem força alguma para reprimir um homem” (2005, p. 220).

Feitas as considerações, o Direito Administrativo, na clássica definição empreendida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode ser definido como:

o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública (1998, p. 46).

Por sua vez, a administração pública corresponde à atribuição desempenhada “pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem constitucional ou legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica” (CARVALHO FILHO, 2012, p. 4-5).

3. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA GERENCIAL

Durante a Conferência pronunciada em Nova Délhi, em Janeiro de 1996, o então Presidente do Brasil Fernando Henrique Cardoso expôs os impactos decorrentes da globalização frente ao papel do Estado. Houve, assim, uma transmutação da sua finalidade precípua, que, outrora, era norteada com o propósito de proteger a economia nacional diante dos mercados internacionais e, agora, ou melhor, após a integração mundial dos sistemas produtivos e dos mercados, o seu objetivo consiste justamente em fortalecer a economia nacional para que a mesma tenha competitividade no mercado internacional, como bem obtemperara o ex-Presidente: “[...] a ênfase da intervenção governamental agora [é] dirigida quase exclusivamente para tornar possível às economias nacionais desenvolverem e sustentarem condições estruturais de competitividade em escala global” (1996).

Por meio desse cenário, evidencia-se a crise do modelo burocrático da administração, que consistiu numa etapa precedente à administração patrimonialista, marcante nos regimes monárquicos absolutistas, em que os patrimônios público e privado eram incindíveis. Nesse modelo, o Estado era concebido como propriedade do monarca, razão pela qual as figuras do nepotismo, empreguismo e nepotismo eram as suas características marcantes (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 10).

O declínio do modelo patrimonialista irá ocorrer com a eclosão das democracias parlamentares, bem como do capitalismo industrial a partir do séc. XIX (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 10), cujas bases teóricas foram formuladas por Max Weber através do sistema de especialização de funções públicas, com supedâneo na legalidade que deriva da estrita observância a estatutos “estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto” (1996, p. 19).

Sucedem que a administração burocrática foi claudicante no que tange ao pressuposto de eficiência estatal, mormente quando se observa a mudança de paradigma do Estado Liberal do séc. XIX para o Estado Social do séc. XX. No primeiro momento histórico, o dirigismo estatal era coadunado com os princípios inerentes à Escola Econômica Clássica, valendo, aqui, rememorar o posicionamento do seu principal precursor – Adam Smith –, que pregava uma exacerbada defesa do liberalismo, em conformidade com as inovações tecnológicas provenientes da Revolução Industrial, por meio de uma máxima abstenção estatal na economia. Para os expoentes da Escola Clássica, o mercado seria guiado por uma “mão invisível” referenciada pela lei da oferta e da procura e encontraria o seu equilíbrio pela atuação dos agentes econômicos, sem a necessidade da presença do Estado como um agente coordenador ou até mesmo interventor.

Por conseguinte, em 1930, John Maynard Keynes, promove uma revolução no pensamento econômico por meio de uma reformulação do sistema capitalista com reformas significativas, cujo desiderato seria justamente compatibilizar a manutenção do pleno emprego com a estabilidade econômica. É imperioso consignar que Keynes pregava a defesa do capitalismo através de uma intervenção moderada do Estado na economia, com o propósito de sanear as distorções que ocorriam no livre comércio, *v.g.*, desemprego, concorrência desleal, instabilidade econômica.

A partir desse contexto histórico, resta evidente que o Estado migra da posição de mero expectador para uma posição concretista diante das políticas públicas, em virtude dos compromissos assumidos pelo ente público decorrentes do *Welfare State*. Neste aspecto, impende colacionar a “Teoria dos Quatro Status” exposta por Jellinek, desenvolvida no final do séc. XIX, a qual muito bem elucida essa assunção de função estatal, de modo que o cidadão, além de possuir uma garantia à liberdade diante das ingerências perpetradas pelo Poder Público, configurando, de veras, numa proteção contra o autoritarismo do Estado (*status* negativo), tem a prerrogativa de exigir uma atuação estatal específica, reclamando uma prestação a seu favor (*status* positivo), bem como o direito de influenciar na formação da vontade política, por meio do exercício do direito ao voto (*status* ativo).

Essa modificação axiológica no que concerne à atuação do Estado em prol da concretização das políticas públicas, muitas delas erigidas à categoria constitucional, implicou, outrossim, na forma de gestão da administração pública, o que revelou a ineficiência do modelo burocrático clássico em relação à incumbência assumida pelo Poder Público. E o motivo disso tudo é que o modelo sob discepção não permitiu que os serviços prestados ao público fossem realizados de maneira otimizada, com boa qualidade, baixo custo e assertividade: “Na verdade, a administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, e pouco ou nada orientada para o atendimento das

demandas dos cidadãos” (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 11).

Em seu artigo intitulado *Reinventing Government*, David Osborne (1993), retomando o cenário da década de 90 dos Estados Unidos, assentou que a forma burocrática seria insuficiente para atender aos anseios da população, porquanto tal regime não guardava uma relação de reciprocidade verdadeira entre o aumento da carga tributária e a respectiva oferta na prestação dos serviços públicos. Deveras, essa forma burocrática não garantia eficiência aos serviços públicos que eram despendidos à sociedade, até porque o cenário revelador, àquela época, consistia no encarecimento da máquina pública, caracterizado por *deficits* históricos nos governos estaduais, e, por outro lado, não havia a respectiva concretização das políticas públicas. Restava patente que a gestão do erário era muito mal empreendida pelo governo, razão pela qual o autor resta assente que o grande questionamento feito pelos eleitores norte-americanos consistia no estabelecimento de uma gestão menos assoberbada financeiramente e mais assertiva. Isso porque a burocracia revelava-se alheia à sobrecarga tributária – suportada pelos cidadãos –, em contraposição à oferta dos serviços públicos.

Ainda retomando os posicionamentos expendidos pelo autor, os cidadãos norte-americanos ansiavam por uma administração menos burocrática e mais gerencial, isto é, vista sob o enfoque consentâneo ao empreendedorismo, em que a gestão tem que ser perfectibilizada seguindo instruções mais flexíveis, adaptáveis à realidade e munida de inovações, com o propósito de fornecer soluções otimizadas, que sejam dotadas de alta produtividade. É forçoso que o Poder Público se valha da eficiência atinente à iniciativa privada, fundada inexoravelmente na maximização e potencialidade de resultados, para a consecução do fim precípua da administração pública, pois essa última não tem que ser indiferente com a melhoria constante do serviço que é prestado e submetido à sociedade.

Com efeito, a circunstância evidenciada traz a revolução que ocorreu na administração pública, especificamente a mudança do modelo burocrático para o gerencial à medida em queurgia ao Poder Público implementar práticas de gestão empresarial que eram praticadas na iniciativa privada, em prol da prestação dos serviços públicos. Desde o séc. XX, os ex-Governadores do Estado de Minnesota – Adolph Olson Eberhart, Theodore Christianson e Harold Stassen – já propugnavam por esse novo viés que instava ser observado pelo Estado devendo aprimorar, especializar e dotar de eficiência o resultado do seu serviço como o grande provedor dos interesses intersubjetivos numa sociedade (BARZELAY, 1992, p. 13).

Para Osborne (1993, p. 2), o cerne entre a governança burocrática e a gerencial diz respeito ao seguinte: enquanto a primeira centra os seus esforços no gasto do capital público; a segunda, por sua vez, tem por incumbência otimizar o gasto do erário (gastar bem) e, outrossim, apresentar

soluções para que o governo obtenha receita. O foco principal da administração gerencial consiste em resolver alguns problemas, que podem surgir a partir das seguintes indagações, tais como: como a administração pública pode implementar a sua arrecadação tributária? Como obter *superavit* mediante a prestação de serviços públicos? Como reduzir os custos de prestação de determinado serviço público? Quais são os expedientes que a administração pública pode se valer para maximizar a eficiência dos seus serviços?

No Brasil, o declínio da administração pública burocrática ocorreu no regime militar por duas razões essenciais: a) a burocracia não conseguiu, de fato, eliminar o patrimonialismo; b) o profissionalismo dos agentes públicos não conseguiu ser atingido, pois não houve o reescalonamento das carreiras, nem tampouco a abertura de concursos públicos (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 9). Com efeito, a estratégia que foi difundida consistiu no reaproveitamento dos altos administradores das empresas estatais, obstando a inauguração do sistema dotado de uma “burocracia forte” (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 9).

O ápice dessa crise teve o seu marco a partir da Constituição Federal de 1988, quando a administração pública ultrapassou por o momento do “enrijecimento burocrático extremo” (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 9), em que as “conseqüências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira” (BRESSER PEREIRA, 1996, p. 9).

Destarte, em 1995, durante a gestão presidencial de Fernando Henrique Cardoso, tem-se início o “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado”, cuja implementação ficou a cargo do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado⁴, ocasião em que Luiz Carlos Bresser Pereira era o titular da pasta, que teve o objetivo de empreender a “reforma do Estado, com vistas a aumentar a sua 'governança', ou seja, sua capacidade de implementar de forma eficiente políticas públicas” (BRASIL, 1995, p. 16).

É nesse período que ocorre a implementação do modelo gerencial à administração, desarraigando-se da outrora figura burocrática. Neste *iter*, o aparelho estatal está norteado a “tornar a administração pública mais eficiente e mais voltada para a cidadania” (BRASIL, 1995, p. 17), sobretudo pelos compromissos decorrentes do *Welfare State*, em que o Estado “abandona o

⁴ O Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado (MARE) foi extinto em 1999 pela Medida Provisória n.º 1.795/1999, sendo que as suas atribuições foram transferidas ao Ministério de Orçamento e Gestão, por meio do Decreto n.º 2.923/1999. Em 1º de janeiro de 2019, a Medida Provisória n.º 870 integrou as estruturas dos Ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; da Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e do Trabalho ao novo Ministério da Economia.

papel de executor ou prestador direto de serviços, mantendo-se entretanto no papel de regulador e provedor destes” (BRASIL, 1995, p. 18). O modelo gerencial tem por desiderato corroborar as funções de regulação e de coordenação do Estado a nível federal, com a respectiva “progressiva descentralização vertical, para os níveis estadual e municipal, das funções executivas no campo da prestação de serviços sociais e de infra-estrutura” (BRASIL, 1995, p. 18).

Por isso, as razões decorrentes da reforma administrativa implementadas pelo “Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado” foi a de oferecer um modelo administrativo hábil a inaugurar o requisito “eficiência” na gestão pública, neste sentido:

Considerando esta tendência, pretende-se reforçar a governança – a capacidade de governo do Estado – através da transição programada de um tipo de administração pública burocrática, rígida e ineficiente, voltada para si própria e para o controle interno, para uma administração pública gerencial, flexível e eficiente, voltada para o atendimento da cidadania (BRASIL, 1995, p. 19).

A Emenda Constitucional n.º 19, de 04 de junho de 1998, foi o instrumento legislativo que promoveu sobremaneira a incorporação dos ditames gerenciais na administração pública brasileira, como, por exemplo, a aposição de modo expreso do “princípio da eficiência” no *caput* do art. 37, da Constituição Federal, que deverá nortear a atividade administrativa desempenhada no âmbito do Poder Público. Outrossim, a qualidade da prestação do serviço público passa a ser concebida no programa constitucional de modo irrefutável, à medida em que condiciona os Poderes Constituídos a prerrogativa da participação do usuário na administração pública direta e indireta, garantindo-lhe que suas insurgências formuladas sobre o serviço prestado sejam atendidas, bem como que haja periodicamente avaliação externa e interna, fornecendo, para tanto, o acesso dos registros administrativos e atos de governo⁵.

A qualidade do serviço público, conforme vista acima, está indissociada com o desempenho do próprio serviço, razão pela qual a atuação funcional insatisfatória não se coaduna com os ditames erigidos pela Emenda Constitucional sob disceptação, que consagrou a forma gerencial administrativa, o que possibilitada, até mesmo, a demissão do mau funcionário, *ex vi* do art. 41, §1º, III, da Constituição Federal. Esse mau funcionário é aquele que está em descompasso com a administração gerencial e, portanto, não agrega *valuation* ao Estado, mormente sob o novo viés assumido.

Ademais, a administração gerencial é afeita à prática de *deaccountability* e gestão eficiente e, não por menos, o Poder Público está submetido a um regramento qualitativo e transparente de gasto,

⁵ Conforme art. 37, §3º, I e II, da Constituição Federal de 1988.

como ocorre na seara referente à despesa com pessoal, que corresponde justamente aos limites em que o Estado poderá comprometer os gastos com os seus correlativos servidores. É por essa razão que o art. 169, da Lei Maior, estabelece que a “despesa com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar”, que estão estabelecidos na Lei de Responsabilidade Fiscal, cuja finalidade cinge-se à estabelecer normas de finanças públicas direcionadas à responsabilidade na gestão fiscal⁶.

Quando se fala em gestão pública eficiente intergovernamental, ainda na análise da Emenda Constitucional, é imperioso assentar os consórcios públicos como uma forma de cooperação pactuada entre Entes Federativos, que tem a finalidade de realizar atividades comuns e é “constituída como associação pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica, ou como pessoa jurídica de direito privado sem fins econômicos”⁷, observando-se os preceitos da Lei n.º 11.101/2005.

Impende aduzir, entretanto, que a adoção do modelo gerencial de administração no cenário brasileiro não significou numa fórmula saneadora que verdadeiramente pôs fim a todos os vícios decorrentes da gestão pública, não obstante as sucessivas reformas legislativas que tiveram o objetivo de dissipar tais intercorrências. A bem da verdade é que, de fato, houve avanços significativos no plano da gestão, contudo crises antigas inerentes à ineficiência, mormente nos serviços públicos, não conseguiram ser dissipadas, como são recordadas por Nilson Holanda:

A capacidade gerencial do Estado brasileiro nunca esteve tão fragilizada; a evolução nos últimos anos, e especialmente a partir da chamada Nova República, tem sido no sentido de uma progressiva piora da situação; e não existe, dentro ou fora do governo, nenhuma proposta condizente com o objetivo de reverter, a curto ou médio prazo, essa tendência de involução (1993, p. 165).

Quer-se dizer que o modelogerencial tem que ser compreendidocomo uma gestão incessante na busca de soluções inovadoras e eficazes para a administração pública, assim como uma dessas práticas será observada na seção subsequente.

⁶ Os limites das despesas com pessoal estão estabelecidos no art. 19, da Lei Complementar n.º 101/2000, *in verbis*:

“Art. 19. Para os fins do disposto no caput do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: I - União: 50% (cinquenta por cento); II - Estados: 60% (sessenta por cento); III - Municípios: 60% (sessenta por cento)”.

⁷ Conforme art. 2º, I, do Decreto n.º 6.017/2007.

3.1. O E-GOVERNANCE

Abinitio, imperioso assentar que o *e-governance* não corresponde a um novo modelo da administração pública, podendo transmitir a falsa impressão de ser uma fase subsequente à gerencial. Não.

Em verdade, o *e-governance* compreende a modificação estrutural sofrida pela administração pública que teve por desiderato aprimorar as práticas gerenciais, aliada à ideia da *new public management* (NPM) – cuja origem remonta o final do séc. XX nas nações desenvolvidas –, que consiste na adoção de técnicas ínsitas às empresas privadas (v.g., eficiência, redução de custos, maximização da eficácia) para os serviços públicos (MOTTA, 2013, p. 88).

Essa perspectiva permite que a gestão pública seja realizada por meio de um sistema que viabilize o intercâmbio entre novas tecnologias de informação e comunicação de forma constante, garantindo acessibilidade e conveniência, facultando-se que o cidadão obtenha serviços públicos sem a necessidade de se dirigir até a repartição competente para tanto, ensejando, inevitavelmente, a redução dos seus custos operacionais.

Tais práticas eficientes já eram realizadas na iniciativa privada e não havia, portanto, uma semelhança correspondente ao serviço público, o que ocasionava a disparidade entre ambas as esferas – pública e privada. Com isso, a NPM veio diminuir o abismo entre a gestão estatal e privada, propiciando que a inovação e eficiência sejam, da mesma forma, conferidas ao Poder Público como um meio a otimizar a prestação dos serviços, beneficiando o cidadão.

Inclusive, o *e-governance* se coaduna com os princípios inerentes à boa governança pública estabelecidos pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, os quais devem ser promovidos pelo Estado, como a defesa da liberdade, a participação, o pluralismo, a transparência e o Estado Democrático de Direito, de forma efetiva, eficiente e duradoura. Não se trata, no entanto, de mera prática destinada a promover tão somente a eficiência econômica de determinada comunidade, mas, deveras, implica necessariamente no desenvolvimento social, à medida que os “países bem governados são menos propensos à violência e à pobreza” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL), porquanto quando a classe marginalizada “têm a oportunidade de falar e de ter seus direitos humanos protegidos, há menos chances de que eles recorram à violência como solução” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL). Diante disso, conclui-se que a boa governança, corroborada indubitavelmente por esse modelo sob análise, “fornece o cenário para a distribuição equitativa dos benefícios do crescimento” (NAÇÕES UNIDAS BRASIL).

A cada dois anos, o Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas lança o *E-Government Survey* (2018), que tem a finalidade de promover ideias inovadoras no âmbito da governança pública que impactem diretamente e positivamente no ambiente das pessoas perante

os serviços públicos. Na edição de 2018, segundo o EGDI (*E-Government Development Index*), índice que mede o desenvolvimento da *e-governance*, o Brasil ocupou o quadragésimo quarto lugar no *ranking* geral e a sexta posição no *ranking* das Américas. Além disso, o nível do seu EGDI é classificado como alto, diante de um cenário composto por quatro classificações – muito alto, alto, médio e baixo –, o que demonstra, desde já, a influência da NPM na gestão pública brasileira.

Ademais, restou evidente no assestado estudo que a *e-governance* possui um longo alcance para as comunidades e não se limita apenas a promover eficiência e eficácia no serviço público despendido à população. Deveras, permite a inclusão, participação, responsabilidade e *accountability*, isto é, a gestão pública de modo transparente e democrática.

Há que se assentar que, quando se fala em *e-governance*, estáse fazendo alusão à “governança” (gestão), não havendo sinonímia com “governo”, ou seja, gestão difere de governo. Isso porque a gestão corresponde aos processos e instituições que, formalmente ou informalmente, orientam as atividades coletivas de um grupo. Noutra giro, o governo é o subconjunto que age com autoridade e cria obrigações formais: são instituições especializadas que contribuem para a gestão. E esta, por sua vez, não exige que seja empreendida de modo exclusivo pelos governantes, uma vez que podem ser realizadas por entidades privadas, de modo que se chega à seguinte conclusão: a gestão pública pode ser empreendida por terceiros, mesmo que não sejam os representantes diretos do Estado.

Neste sentido, o terceiro setor é um excerto da atuação privada no *e-governance*, por meio do qual entidades paraestatais, desprovidas do intento lucrativo, prestam atividades em prol da sociedade, independentemente da atuação do Estado e mercado, a despeito de com eles possam firmar parcerias e obter investimentos (OLIVEIRA, 2007, p. 12).

De fato, a *e-governance* promoveu – sem pretender exaurir o tema, nem mesmo deixá-lo arraigado – uma transformação na gestão pública, sobretudo no que se refere à prestação de serviços, promovendo uma revolução no feixe de relacionamentos de órgãos estatais com cidadãos, empresas e, até mesmo, outros governos (LEITNER, 2004, p. 45).

4. UM NOVO MODELO DE CIDADE: AS *SMART CITIES*

O desenvolvimento da *e-governance* impacta diretamente no exercício da cidadania decorrente da relação: administrado e administrador. Outrora, os cidadãos assumiam uma postura meramente passiva em relação aos serviços públicos, os quais eram tão somente disponibilizados pelo ente público. Atualmente, há o exercício da cidadania ativa que implica numa obrigatoria

participação da comunidade pela sua atividade social e econômica, em que há um “pertencimento instantâneo na vida pública a partir da conectividade inteligente expressa no mais alto grau de possibilidades de interação em prol do bem estar da coletividade” (GUIMARÃES; XAVIER, 2016, p. 1372). Eis, assim, o cenário propício que fomentou o surgimento desse novo modelo de cidade: as *smartcities*.

Antes mesmo de analisá-las propriamente, vale consignar um fato histórico a respeito de que a urbanização não é um tema recente inerente às revoluções tecnológicas sobrevindas nos últimos anos. A verdade é que a migração populacional da zona rural para a cidade é um fenômeno que não exsurge no contexto contemporâneo, mas remonta a milênios (BARLOW, 2015, p. 1). Hoje, a especificidade corresponde à escala, bem como à evolução de como essa migração ocorre, e não se deve eminentemente ao fato em si.

Em face do exposto, pode-se chegar a seguinte indagação: por que as pessoas optam por viver em cidades? A conferência *WorldUrbanizationProspects* (2014), realizada no âmbito do Departamento de Assuntos Econômicos e Sociais das Nações Unidas, propôs responder ao questionamento asseverando que a cidade resulta da somatória de atividade econômica, governo, comércio e transporte, razão pela qual a vida urbana é geralmente associada a níveis mais altos de alfabetização e educação, melhor saúde, maior acesso a serviços sociais e oportunidades aprimoradas para a participação estrutural e política.

Com efeito, as *smartcities*, ou seja, cidades inteligentes, resultam na utilização de uma gestão eficiente – vide as consequências inerentes à *e-governance*, bem como à NPM, conforme tratado alhures – aplicada à administração local como um:

[...] fenômeno contemporâneo do urbanismo, um modo de viver caracterizado pela ampla inserção cidadã dos indivíduos no espaço da cidade onde habita e realiza as suas atividades cotidianas, com o atendimento satisfatório das suas demandas de locomover-se, trabalhar, comunicar-se e se relacionar com o meio ambiente, com a maior eficiência e qualidade da vida possível (GUIMARÃES; XAVIER, 2016, p. 1364).

O modelo proposto proporciona a junção de serviços e inovação para servir aos cidadãos de modo mais eficiente, o que demanda, por parte da administração pública, uma boa política, liderança e uma estrutura regulatória, além da inquestionável infraestrutura tecnológica, até porque se verifica de forma mais acentuada a participação de atores, até então não concebidos, na consecução da gestão pública. Foi o que ficou demonstrado da participação do terceiro setor, ou seja, dos entes paraestatais na prestação de serviços públicos.

Essa revolução ocorrida no âmbito da gestão, com fulcro na *e-governance* e na NPM, influencia sobremaneira as políticas públicas mundiais relevantes, a exemplo do que ocorreu em *Europa*

2020: *Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo*(2010), cuja estratégia foi aprovada em 2010 prevendo a adoção pelos países da comunidade de um plano fundado no crescimento inteligente, sustentável e inclusivo, a ser desenvolvido no âmbito das *smartcities*, pois é o *locus propício* para tanto.

Para ser inteligente, o crescimento deve “reforçar o conhecimento e a inovação, enquanto factores determinantes [...] do crescimento futuro” (COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 14); o crescimento sustentável está intrinsecamente ligado à noção de “economia sustentável, competitiva e em que os recursos sejam utilizados de forma eficiente”(COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 17); por fim, o desenvolvimento inclusivo tem como objetivo “capacitar as pessoas através de taxas elevadas de emprego, investir nas qualificações, lutar contra a pobreza e modernizar os mercados de trabalho e os sistemas de formação e protecção social”(COMISSÃO EUROPEIA, 2010, p. 21).

De igual forma, os valores agregados pelas *smartcities* podem ser vislumbrados no próprio ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o direito à cidade sustentável aliada à inovação é corroborado pelo próprio Estatuto da Cidade⁸ e de forma expressa (art. 2º, I), perfectibilizando a infraestrutura urbana condizente com tal objetivo como uma garantia intergeracional. Ademais, essa gestão deverá ser empreendida democraticamente, a garantir a participação ampla da população e entidades representativas (art. 2º, II) no planejamento do desenvolvimento das cidades (art. 2º, IV), mediante um ato cooperativo intergovernamental (art. 2º, III) em prol da satisfação do interesse público. Eis o que, inclusive, é determinado pelo art. 182, da Constituição Federal, ao estabelecer que a política para desenvolvimento urbano seguirá as “diretrizes gerais fixadas em lei” e “tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

4.1. A TECNOLOGIA APLICADA ÀS *SMART CITIES*

A fusão entre serviços e inovação qualificam, a princípio, às *smartcities* e norteiam o seu plano de gestão. Por isso, funcionalidades são implementadas em todo mundo com fulcro na nova gestão, a exemplo do que acontece com a tecnologia utilizada pela empresa *General Eletric* (GE), por meio da *GE Light Grid*, em que a iluminação pública é disponibilizada de acordo com o tráfego atual de uma determinada localidade, possibilitando a utilização da reserva enérgica de modo sustentável, além de minorar os custos financeiros do serviço.

Em Portland (Oregon), uma *startup* local desenvolveu um aplicativo para *smartphoned* denominado *Ride Report* com o objetivo de coletar informações a respeito do tráfego

⁸ Lei n.º 10.257/2001.

das bicicletas, fornecendo informações em tempo real ao Poder Público e, com isso, manejar adaptações viárias hábeis a compatibilizar a plena mobilidade dos usuários das vias públicas (pedestres, condutores de automóveis e ciclistas).

Soluções que envolvam a participação conjunta do privado com o público são cada vez mais frequentes nas cidades inteligentes como ocorre com os aplicativos americanos *SeeClickFixe Code for America* que possibilitam a interação dos cidadãos com a administração pública para demandar a prestação de serviços públicos (por exemplo, o recapeamento de uma avenida), ou até mesmo a formulação de reclamações ou denúncias.

É imprescindível consignar que não é a mera tecnologia que qualifica uma cidade como *smart*, e sim o engajamento da comunidade com a administração que torna mais eficiente a gestão pública. Inclusive, é o lema praticado pela *SeeClickFixe*: “*Strong Communities, More Efficient Government*”.

Na Bahia, o Governo do Estado lançou o aplicativo *Preço da Hora* com a finalidade de auxiliar os cidadãos a pesquisarem de casa o preço do bem almejado, sem a necessidade de pesquisar *in loco*, ou seja, de loja por loja. O aplicativo foi desenvolvido no período da pandemia ocasionada pela COVID-19 com o intuito de possibilitar aos consumidores a aquisição do produto com menor preço, sobretudo na ocasião específica em que houve o estabelecimento de medidas de isolamento social para conter o contágio. A pesquisa do menor preço é efetuada em mais de cento e oitenta mil estabelecimentos cadastrados no Estado e abrange mais de seis milhões de produtos.

5. OS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO COROLÁRIOS DA GESTÃO EFICIENTE

Por decorrência da assunção dos atributos da *e-governance*, a gestão pública deixa de ser realizada exclusivamente pelo ente estatal, havendo, portanto, uma pluralidade de atores na consecução do serviço público, conforme já delineado neste artigo, podendo surgir a seguinte indagação: qual é a consequência direta de tal peculiaridade? Pois bem, a consequência da iniciativa privada no desempenho de função pública irá ensejar num novo modelo de financiamento denominado *crowdfunding*, seguindo a metodologia 4P (*public-private-people-partnership*), isto é, a interação de pessoas privadas e públicas devidamente associadas cumprindo finalidades colaborativas no fomento de políticas essenciais ao desenvolvimento urbano (MARSAL-LLACUNA; SEGAL, 2017, p. 97). Esse modo de financiamento envolve tanto o aporte do erário quanto a remuneração feita pelos entes privados numa situação de retroalimentação.

A origem da cooperação pública e privada na gestão remonta aos projetos desenvolvidos sob a égide do PFI (*Private Finance Initiative*), no Reino Unido, por meio do qual o setor privado era contratado pelo ente público para o desempenho de uma parte dos serviços que o último estava incumbido (SANTOS; BLIACHERINE, 2018, p. 200). O modelo apresentado visava uma maior eficiência, além de repartir a responsabilidade pelo risco do empreendimento ao setor privado. A título exemplificativo, o Canal da Mancha foi um empreendimento desenvolvido à luz do PFI (SANTOS; BLIACHERINE, 2018, p. 200).

Neste sentido, os contratos de parcerias público-privadas, como a sua própria nomenclatura já indica, objetivam a efetividade dos serviços públicos mediante a participação de parceiros privados nessa incumbência, cuja regulamentação é feita pela Lei n.º 11.079/2004 e pode ser realizada nas seguintes modalidades: a) concessão patrocinada; b) concessão administrativa.

O objeto da concessão patrocinada é financiado tanto pelo parceiro público quanto pelo usuário direto do serviço (art. 2º, §1º), o que não ocorre em relação à concessão administrativa em que a administração pública é a usuária direta ou indireta do serviço (art. 2º, §2º), “pressupondo que os usuários diretos sejam terceiros aos quais a Administração Pública presta serviços (como os estudantes de uma escola pública, os pacientes de um hospital público)” (DI PIETRO, 2015, p. 168).

Somente contratos com valor superior a dez milhões de reais (art. 2º, §4º, I) podem ser objeto desta modalidade especial, respeitando-se o período mínimo de vigência de cinco anos e o máximo de trinta e cinco anos (art. 5º, I). Acresce-se a esses requisitos a circunstância de que o objeto da parceria público-privada (PPP) não poderá ter por “objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública” (art. 2º, §4º, III). Infere-se, assim, que, conforme elucidado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a PPP não poderá restringir-se, por exemplo, à:

[...] construção de um hospital ou de uma escola, porque, nesse caso, haveria contrato de empreitada regido pela Lei n.º 8.666; após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta; a ideia bastante provável é a de que deverá haver a gestão do serviço pelo parceiro privado (2015, p. 155).

De fato, as PPPs possibilitam a implementação de projetos no âmbito das *smart cities*, porquanto significam uma alternativa à crise urbana caracterizada pela dificuldade – por parte dos entes públicos – na obtenção de recursos financeiros capazes para a realização de obras e a prestação de serviços públicos (SANTOS; BLIACHERINE, 2018, p. 204), à medida em que se permite à interferência benéfica da iniciativa privada na gestão pública.

Inclusive, os contratos em questão corroboram o primado da eficiência – ínsita à *e-governance* –, pois estabelecem que o parceiro privado poderá auferir remuneração variável, “vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato” (art. 6º, §1º).

Destarte, as parcerias “surgem como uma hipótese legal que, se levada a bom termo e dentro de um aparato legal, muito auxiliam os gestores públicos”(SANTOS; BLIACHERINE, 2018, p. 224), porquanto “têm o potencial de auxiliar no incremento de investimentos em infraestrutura que, de outra forma e se dependesse apenas de recursos públicos, não sairiam do papel e não passariam de projetos”(SANTOS; BLIACHERINE, 2018, p. 224).

5.1. A PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DAS CONTROVÉRSIAS

É indubitável que o modelo em referência revolucionou os contratos administrativos, mormente por consistir na verdadeira manifestação da NPM aplicada à administração pública, foi além no que concerne à previsão dos métodos de solução das controvérsias. Essas controvérsias, por sua vez, eram sempre dirimidas no âmbito do Poder Judiciário indo de encontro, porém, com a própria eficiência ínsita ao *e-governance*, que demanda soluções céleres e assertivas para a plena governabilidade.

Não se pretende, porém, relegar o Poder Judiciário, nem muito menos renegar a sua nobilitada função. Ocorre que o *timing* para a resolução definitiva do caso *subjudice* não é consonante com o novo viés dinâmico que assumiu a administração pública.

Tanto é assim que lei das PPPs, perfilhando a gestão eficiente, estabeleceu métodos alternativos para a resolução de conflitos, que não o jurisdicional, como a conciliação, mediação, transação e, especialmente, a arbitragem (art. 11, III). O redirecionamento para a seara extrajudicial fomenta a eficiência que deve nortear a gestão pública, além de proporcionar vantagens recíprocas, tanto para a administração quanto para o parceiro privado, viabilizando uma alternativa adequada às soluções de controvérsias.

No que concerne à arbitragem, a Lei n.º 9.307/1996 regulamentou o tema prevendo expressamente a sua aplicabilidade ao Poder Público, *ex vi* do seu art. 1º, §1º, com a ressalva de que, neste caso específico, o procedimento arbitral terá que ser realizado obrigatoriamente na forma pública em observância ao princípio da publicidade (art. 2º, §3º).

Os atributos da eficiência incidem diretamente neste método propício à solução de conflitos no âmbito público, até porque a sentença arbitral possui um prazo para ser proferida, que poderá ser

livremente estipulado pelas partes, ou, caso não haja tal estipulação, deverá ocorrer no prazo máximo de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou, eventualmente, da substituição do árbitro (art. 23).

É por isso que esse método heterocomposição revela como adequado para resolver conflitos decorrentes de direitos patrimoniais e disponíveis, pois é dotado de maior celeridade, assertividade e estabilidade da decisão em virtude da irrecorribilidade. Fredie Didier Júnior aduz que a arbitragem é, realmente, atividade jurisdicional efetiva, não havendo que se falar, portanto, de equivalente jurisdicional, até porque a respectiva sentença arbitral exarada prescinde homologação por parte do Estado-Juiz (DIDIER JÚNIOR, 2008, p. 73). Nesse *iter*, a arbitragem revela a sua fundamental essência impactando diretamente na pacificação social:

Abrem-se os olhos agora, todavia, para essas modalidades de soluções não-jurisdicionais dos conflitos, tratados como meios alternativos de pacificação social. Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil, penal ou trabalhista (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1999, p. 26).

5.1.1. A ARBITRAGEM NAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

Resta patente que a arbitragem possibilita a resolução das controvérsias de maneira mais eficaz e mais assertiva, razão pela qual a sua aplicação, no âmbito das PPPs, guarda consonância com os ditames da *e-governance*. É por isso que a previsão da arbitragem já se faz inserta em alguns contratos administrativos que serão aqui abordados.

O primeiro deles diz respeito ao objeto da Concorrência Internacional n.º 42325212 realizada pelo Estado de São Paulo concernente à concessão patrocinada para exploração dos serviços de transportes de passageiros da linha 4 (estação amarela) do metrô urbano da capital. A cláusula 35.1 prevê a realização mediação por meio de um Comitê de Mediação especialmente constituído para dirimir eventuais controvérsias acerca da interpretação ou execução do objeto contratual, o qual, por sua vez, disporá de um prazo de sessenta dias, contado da instauração, para solucionar a controvérsia (cláusula 35.9). Eventualmente, se o Comitê não lograr êxito quanto à conciliação das partes, aí é que abre caminho à arbitragem, tendo em vista que a cláusula 35.11 estabelece que as divergências não solvidas “[...] amigavelmente pelo procedimento de mediação, serão obrigatoriamente dirimidas por meio da arbitragem, na forma da Lei n.º 9.307/96 [...]”, a cargo da Câmara de Comércio Internacional (CCI), a ser realizada em território nacional, em língua portuguesa e aplicado o direito brasileiro (cláusula 35.13).

A segunda PPP alvo da análise cinge-se ao Edital n.º 008/2009, referente ao contrato de concessão administrativa para gestão e operação de unidade hospitalar (Hospital do Subúrbio) no Estado da Bahia, sendo que tal modelo foi considerado inédito no Brasil e vigorou com exclusividade até outubro de 2013. Da mesma forma da PPP analisada anteriormente, qualquer controvérsia que surja no contrato deverá passar por uma fase conciliatória prévia pela Comissão Técnica (cláusula 32.1.1), com a peculiaridade de que, resguardando-se o interesse público, a decisão emanada pela Comissão possui força vinculante até que sobrevenha eventual decisão arbitral acerca da divergência (cláusula 32.1.8) e deverá ser proferida no prazo máximo de sessenta dias da respectiva instauração (cláusula 32.1.10). A arbitragem, de sua vez, tem lugar quando a insurgência persista, malgrado a atuação da Comissão Técnica (cláusula 32.2.1), que deverá ser realizada pela CCI (cláusula 32.2.2), na capital do Estado, em língua portuguesa (cláusula 32.2.3) e com a aplicação do direito nacional (cláusula 32.2.4).

6. CONCLUSÃO

Como serão as cidades no futuro? A indagação pode ser acompanhada através de perspectivas que remontam os cenários de uma ficção científica permeados de alta tecnologia aplicada ao cotidiano. Sem dúvida, a tecnologia corresponde ao avanço do método científico como fonte de conhecimento indispensável ao desenvolvimento e progresso da própria sociedade. Como obtempera Hannan Arendt, o advento científico foi inspirado pelas “necessidades e pelos ideais de seu mais importante grupo de homens, os novos cientistas; e as virtudes cardeais modernas – o sucesso, a industriiosidade e a veracidade – são ao mesmo tempo as maiores virtudes para a ciência moderna” (2000, p. 295).

Com efeito, as *smartcities*, por aglutinarem as características fundamentais da *e-governance*, representam a evolução da cidade de outrora, que era concebida sob à ótica da gestão pública burocrática, alheia aos ditames inerentes à eficiência dos serviços públicos. Operou-se, verdadeiramente, uma estratégia de renovação contra os antigos aspectos até então estabelecidos. A desarrazoada distância entre a gestão privada e a pública deixa de ser patente com o compartilhamento da NPM ao setor público, como ocorre nas PPPs em que há um duplo gerenciamento – público e privado – na consecução dos serviços públicos fundado na máxima eficiência e assertividade. Tanto é assim que se verifica a incidência de soluções extrajudiciais para dirimir controvérsias, a exemplo da arbitragem.

Não se olvida que as eventuais controvérsias que surjam no âmbito dessa administração pública tem que contar com mecanismos que garantam a resolutividade ínsita à novel gestão assumida, razão pela qual a arbitragem nas PPPs assume o destaque propício.

Esse novo modelo de cidade objeto da análise do presente artigo corrobora o que Henri Lefebvre

denominou de “direito à cidade” e que corresponde à “tendência de fugir à cidade deteriorada e não renovada à vida urbana alienada” (2010, p. 117), porquanto o “direito à cidade não pode ser concebido como um simples direito de visita ou de retorno às cidades tradicionais. Só pode ser formulado como direito à vida urbana, transformada, renovada” (2010, p. 117-118).

Eis o que, aliás, foi exposto pelo então Secretário-Geral das Nações Unidas Ban Ki-moon, em 19 de fevereiro de 2009, na reunião ocorrida no Conselho de Segurança acerca da situação no Timor Leste:

[...] como todos sabem, infraestrutura não é apenas uma questão de estradas, escolas e redes de energia. É também uma questão de fortalecer a governança democrática e o papel do Estado. Sem responsabilidade, não só do governo para com seu povo, mas das pessoas umas com as outras, não há esperança de um Estado democrático viável.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

BARLOW, Mike. **SmartCities, SmarterCitizens**. Sebastopol: O'Reilly Media, 2015.

BARZELAY, Michael. **BreakingThroughBureaucracy: A New Vision for Managing in Government**. Berkeley e Los Angeles: University of California Press, 1992.

BRASIL. Presidência da República. Câmara de Reforma do Estado. **Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado**. Brasília, DF, novembro de 1995, p. 16. Disponível em: <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/publicacoes-oficiais/catalogo/fhc/plano-diretor-da-reforma-do-aparelho-do-estado-1995.pdf>. Acesso em: 25 maio 2020.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 120, n. 1, p. 7-40, jan./abr. 1996.

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo Sociedade: Para uma teoria geral da política**. 3. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1990.

CARDOSO, Fernando Henrique. Globalização. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 28 jan. 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

CODE FOR AMERICA. **Whatifallgovernmentsserviceswerethisgood?** Disponível em: <https://www.codeforamerica.org/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Europa 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo**. Bruxelas, 2010. Disponível em:

https://www.compete2020.gov.pt/admin/fileman/Uploads/Documents/Estrategia_europa2020.pdf. Acesso em: 28 maio 2020.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. São Paulo, Saraiva, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GUIMARÃES, Patrícia Borba Vilas; XAVIER, YankoMarcius de Alencar. SmartCities e Direito: conceito e parâmetros de investigação da governança urbana contemporânea. **Revista de Direito da Cidade**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, p. 1362-1380, 2016.

HOLANDA, Nilson. **A crise gerencial do Estado brasileiro**. In: VELLOSO, João Paulo dos Reis (org.). *Brasil: a superação da crise*. São Paulo: Nobel, 1993.

GE REPORTS. **Power Play: GE Brings Its Vision For The Electrical Grid To The City Of Light**. Disponível em: <https://www.ge.com/reports/power-play-ge-brings-vision-electric-grid-city-light/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

LEITNER, Christine. eGovernment in Europe: The State of Affairs. **European Institute of Public Administration**, p. 36-48, 2004. Disponível em: <http://aei.pitt.edu/5930/>. Acesso em: 27 maio 2020.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. 5. ed. São Paulo: Centauro, 2010.

MARSAL-LLACUNA, Maria-Luisa; SEGAL, Mark Evan. TheIntelligenterMethod (II) for “smarter” urbanpolicy-makingandregulationdrafting. **Cities**, v. 61, p. 83-95, jan. 2017.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da Boa-Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

MORRIS, Christopher W. **Um Ensaio sobre o Estado Moderno**. Trad. SylmaraBeletti. São Paulo: Landy Editora, 2005.

MOTTA, Paulo Roberto de Mendonça. O estado da arte da gestão pública. **RAE – Revista de Administração de Empresas**, v. 53, n. 1, p. 82-90, jan/fev. 2013.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A ONU e a governança**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/governanca/>. Acesso em: 27 maio 2020.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. Oxoford: Blackwell, 1999.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. O direito do terceiro setor. **Revista de direito do terceiro setor**, n. 1, p. 11-38, jan./jun. 2007.

OSBORNE, David T. ReinventingGovernment. **Leadership Abstracts**, v. 6, n. 1, p. 2-3, jan. 1993.

PREÇO DA HORA. **Saiba onde comprar barato na Bahia**. Disponível em: <https://precodahora.ba.gov.br/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

RIDE REPORT. Disponível em: <https://www.ridereport.com/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

SANTOS, Márcia Walquiria Batista dos; BLIACHERINE, Ana Carla. **Contratos de Parcerias Público-Privadas no Contexto das SmartCities**. In: TERRINHA, Luís Heleno; COUTINHO, Pedro (coords.). Future Law. Universidade Católica: Porto, 2018, p. 200. Disponível em: <http://www.uceditora.ucp.pt/resources/Documentos/UCEditora/PDF%20Livros/Porto/FutureLaw.pdf>. Acesso em: 29 maio 2020.

SEE CLICK FIX. **Strong Communities, More Efficient Government**. Disponível em: <https://seeclickfix.com/>. Acesso em: 04 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2005.

UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs. **2014 revision of the World Urbanization Prospects, 2014**. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/publications/2014-revision-world-urbanization-prospects.html>. Acesso em: 28 maio 2020.

UNITED NATIONS. **E-Government Survey 2018**, 2018. Disponível em: https://publicadministration.un.org/Portals/1/Images/E-Government%20Survey%202018_FINAL%20for%20web.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

UNITED NATIONS. **Governance Principles, Institutional Capacity and Quality**. Disponível em: https://www.undp.org/content/dam/undp/library/Poverty%20Reduction/Inclusive%20development/Towards%20Human%20Resilience/Towards_SustainingMDGProgress_Ch8.pdf. Acesso em: 27 maio 2020.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora UnB, 1996, v. 1.

FAMÍLIAS PLURAIS NO BRASIL ATÉ A O PERÍODO REPUBLICANO: CONCEITOS, FORMAÇÃO E LEGITIMAÇÃO JURÍDICA

Cyntia Mirella Cangussu Fernandes Sales¹
Roberto Nascimento Rodrigues²

RESUMO: No Brasil, a família colonial patriarcal figurou como modelo único. Contudo, estudos demonstram a existência, nesse período, de arranjos familiares diversos. Apesar disso, a legislação republicana legitimou apenas a família matrimonializada. Objetiva o presente estudo apresentar os vários modelos de família vigentes no Brasil, desde a colonização, e a contradição evidenciada na legislação republicana ao legitimar apenas o casamento como modelo de família, bem como apontar as possíveis causas da dissociação entre a legislação e a realidade social. Para alcançá-lo, o estudo se utiliza da pesquisa bibliográfica fundamentada na literatura histórico-social-jurídica, desde sua colonização até o início da república.

Palavras Chave: Família Plural. Brasil colônia. Legitimação Jurídica.

ABSTRACT: In Brazil, the colonial patriarchal family was a unique model. However, studies demonstrate the existence of other family arrangements at that time, and despite that, the Brazilian republican legislation legally legitimized only the marriage family. The present study aims to present a discussion about the various family models in Brazil since colonization and the contradiction demonstrated in republican legislation when legitimizing only marriage as a family model. The study also points out the possible causes of the dissociation between legislation and social reality. To achieve this, the study uses bibliographic research with in the historical, social and legal literature in Brazil from its colonization until the initial period of the republic.

Keywords: Plural Family. Colony Brazil. Legal Legitimation.

INTRODUÇÃO

A família é elemento social dinâmico, com características multifacetadas, descrita na literatura como agrupamento de pessoas com finalidades diversas ao longo da história da humanidade. A união de pessoas pelo parentesco ou pela promoção de aliança é responsável pela reprodução social da ideologia, do trabalho e da cultura dos indivíduos que compõem a sociedade na qual está inserida. Enquanto grupo social, a família desperta interesse de vários ramos do conhecimento e tem sido estudada por inúmeros cientistas que buscam demonstrar a variação de arranjos com que

¹ Mestre no Programa de Mestrado Associado UFMG-UNIMONTES em Sociedade, Ambiente e Território. Professora de Direito Civil da Faculdade Santo Agostinho

² PH.D. em Demografia pela Australian National University. Professor Titular Aposentado da UFMG

esse grupo se apresenta em diferentes contextos históricos e quão complexa é a sua definição. A pluralidade de modelos e as formas como as famílias se organizam são moldadas a partir das sociedades e do tempo em que estão assentadas. Com a dinâmica estabelecida pelo grupo familiar os estudiosos encontram dificuldades em definir o que é família, pois ela varia em conformidade com o local e o momento em que é observada. Alguns a definem pela função que desempenham, outros tomam por parâmetro a forma como se organizam e estruturam no meio social.

No Brasil, durante muitos anos a família colonial patriarcal figurou como modelo único na estruturação desse instituto no país. A verdade assentada por Gilberto Freire inspirou os que lhe sucederam a exaltar o modelo encontrado nas fazendas açucareiras como o padrão de família brasileira. Difundida amplamente pelos historiadores de forma exclusiva, a família patriarcal observada nas elites coloniais passou a ser considerada como um retrato de toda a realidade social do Brasil, tornando praticamente invisível as demais formas de constituição de família já presentes na sociedade brasileira da época.

Contudo, a historiografia produzida no Brasil a partir dos anos 1980 demonstra a variedade de arranjos familiares aqui existentes desde a colonização do país. Mas, a despeito da multiplicidade de estruturas familiares observadas desde o período colonial, a primeira codificação civil brasileira, o Código Civil de 1916, Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1916, nos artigos 180 a 314, se ocupou de regulamentar somente o modelo previsto para a elite dominante, ou seja, a família estruturada pelo casamento monogâmico presente nas tradições patriarcais coloniais.

O objetivo do presente trabalho é apresentar uma discussão sucinta sobre os vários modelos de família vigentes historicamente no Brasil, desde a colonização, e a contradição demonstrada na legislação republicana ao legitimar juridicamente apenas o casamento como modelo de família no país, bem como apontar as possíveis causas da dissociação entre a legislação e a realidade social.

Em busca desse objetivo o estudo se utiliza da pesquisa bibliográfica com foco nas diversas concepções de família na literatura histórico-social e jurídica no Brasil a partir de sua colonização até o período inicial da república. O trabalho está organizado em três seções. A primeira delas é dedicada a uma breve apresentação da evolução das definições de família no mundo e da forma como se coadunam às especificidades histórico-culturais das sociedades. Em seguida, essa discussão centra-se no caso específico do Brasil, desde os primórdios de sua colonização. Ao final são abordadas questões relativas à legitimação jurídica republicana da família patriarcal no país.

FAMÍLIAS, COMO DEFINI-LAS?

A definição do que se entende por família não é missão das mais fáceis ante a série de variáveis que envolvem o conceito. Compreender o que se pode definir como família requer uma multiplicidade de olhares sob o prisma de um amplo espectro trazido pelas diversas ciências que se dedicam a examinar a complexidade dessa organização social nas várias sociedades, em épocas distintas.

Não resta dúvida de que a família abarca várias funções na sociedade contemporânea e requer múltiplos olhares sobre ela. Responsável pela construção das sociedades, a família constrói também os indivíduos, que por si só, já são um universo de perspectivas e sentimentos. A união de pessoas em enlances íntimos e públicos suscita das ciências uma análise multidisciplinar das relações que empreendem regularmente, criando e recriando os indivíduos como também reestruturando a si mesmos na sua forma de organização e estruturação do modo de vida. Família, além de uma construção social, reflete a própria sociedade na qual está inserida. Os anseios, estrutura, comportamento e cultura da sociedade são moldados no âmbito familiar, ao mesmo tempo em que a família também se molda nas bases do corpo social a que pertence. Assim, a configuração do que se entende por família é distinta em cada lugar e se transforma ao longo do tempo a partir da evolução da coletividade na qual está incorporada.

Em vista disso, delimitar o que seja família e a função que ela exerce exige uma observação apurada ante as transformações evidenciadas no tempo e lugar de sua fixação. Bruschini (1989) destaca que, dependendo da ciência ou da corrente de pensamento que se adota, a consideração do que seja família e da função que esse núcleo exerce na sociedade também variará. Nesse sentido, a família pode ser percebida como agência socializadora, com a finalidade de formação da personalidade dos indivíduos que a compõem, podendo também ser concebida como mera reprodutora da força de trabalho exigida pela coletividade da qual faz parte.

Para Carvalho e Faraoni (2010), a família é responsável por promover a espécie mais importante de interação, que é a socialização do indivíduo na coletividade. Pela socialização a pessoa forma sua personalidade e pode ingressar em dada cultura, aprendendo a se comunicar com os demais, e, a partir desse processo inicial, o seu ingresso nos diversos grupos sociais lhe permitirá desenvolver novas habilidades mediante contínua ressocialização para a promoção de novas inserções nos mais variados agrupamentos.

Os antropólogos definem família como “grupo de indivíduos ligados por elos de sangue, adoção ou aliança socialmente reconhecidos e organizados em núcleos de reprodução social” (BRUSCHINI 1989, p. 4). Reforça a autora que para os funcionalistas da escola liderada por Talcon Parsons, a família tem uma função socializadora, essencial na formação da personalidade

de cada componente do núcleo familiar. Ainda de acordo com Bruschini, para os adeptos da corrente marxista, família é o grupo responsável pela reprodução da força de trabalho no meio social. Família, então, poderia ser considerada como uma agência reprodutora da ideologia dominante, responsável pela procriação, trabalho, consumo e formatação da estrutura social, e nessa perspectiva é formada pela união sexual, afetiva ou pelo vínculo do parentesco fixado entre seus integrantes.

Strauss (1983), apesar de considerar a família como fato universal, não a concebe como decorrente de lei natural. Identifica traços comuns que caracterizam a família nas várias sociedades que pesquisou. Para o autor, a família tem origem no casamento e é composta por marido, mulher e filhos, não descartando a possibilidade de vir a ser agregada por outros parentes ou pessoas próximas. Os membros da família se vinculam por laços jurídicos, por direitos e obrigações de natureza econômica, religiosa ou por qualquer outro modo.

Na antiguidade a família se constituía mediante a observância da religião doméstica e o critério de definição do parentesco era o culto dedicado às mesmas divindades e a obediência ao chefe do núcleo familiar. Como regra, o poder se concentrava na figura do pai. Conviviam em grupos numerosos sob o comando paterno, cujo poder lhe era conferido pela religião (NOGUEIRA, 2009). O poder paterno nasceu nas comunidades familiares da antiguidade, compostas pela reunião de várias gerações pertencentes a um mesmo grupo familiar, além de a elas agregar pessoas não livres, comandadas pelo patriarca. Nessas comunidades eram desenvolvidas atividades econômicas que garantissem o sustento do grupo, fator que conferia ao pai poder ilimitado sobre todos os demais membros do núcleo (ENGELS, 1984).

Sistema diferente foi verificado em várias civilizações, nas quais o poder se concentrava na mulher, já que a ela eram atribuídos todos os bens constantes nos lares. Para os Nayar, população significativa na Índia da costa do Malabar, o casamento era simbólico e não gerava vínculos permanentes entre os cônjuges. A mulher poderia ter vários amantes, e as crianças e os bens pertenciam à linha materna, pois a autoridade e o regime eram matrilineares (STRAUSS, 1983).

Há estudos que demonstram que nas sociedades primitivas as relações familiares e sexuais eram firmadas entre todos na mesma tribo. As mulheres pertenciam a todos os homens simultaneamente e os homens também pertenciam a todas as mulheres. Os casamentos eram por grupos, nos quais não era possível estabelecer a paternidade, somente a maternidade, embora todos fossem tratados por pai e mãe. A poligamia e a poliandria eram também recorrentes, e filhos concebidos nessas relações eram considerados de todos os membros do grupo que tivessem relacionado entre si (ENGELS, 1984).

Já na África observada por Strauss (1983, p. 73), a regra era a poligamia masculina. Nas sociedades “a família polígama consiste em várias famílias monógamas justapostas: o mesmo homem é o esposo de certo número de mulheres, cada uma delas instalada, com os seus filhos numa morada em separado”.

Até se organizar como modelo monogâmico, hegemônico nas sociedades ocidentais, a família passou por vários outros formatos ao longo da história da humanidade. No estado selvagem, a família se constituía nos matrimônios por grupos. No estado de barbárie, a regra era o matrimônio sindiásmico, onde a poligamia era permitida e a infidelidade feminina era cruelmente castigada. Na civilização veio a monogamia, acompanhada do adultério e prostituição. Entre a barbárie e a civilização, a poligamia e a sujeição da mulher foram traços marcantes no delineamento histórico das famílias (ENGELS, 1984).

Na Europa da Idade Média a família tinha por função assegurar a descendência, transmitir patrimônio e o nome familiar aos descendentes. A partir do século XVIII a família assumiu, além das atribuições que já lhe eram impostas, função moral e espiritual. Tornou-se sociedade fechada, reforçando a intimidade das relações privadas e retirou das casas a condição de espaço público que se tinha até o século XV. Os membros do núcleo familiar passaram a se unir pelos costumes que construíam juntos e pelos sentimentos que cultivavam e se consolidavam de geração em geração (ARIÉS, 2006).

De acordo com Giddens (2012), até o início da modernidade se tinha na Europa a constituição de família mediante casamentos empreendidos por razões políticas ou econômicas. O autor lembra que, na Idade Média, os casamentos se davam para manter a propriedade ou para ter filhos, os quais representavam mão de obra para a produção na propriedade da família. A ideia da família como instrumento de concentração de poder se manteve até a modernidade.

Nesse período, nas sociedades agrárias, as famílias eram formadas por um grande número de pessoas, com estrutura patriarcal, cuja autoridade e poder se concentravam nas mãos do patriarca. Já nas sociedades industriais modernas iniciadas no século XIX nos países desenvolvidos, a industrialização e a urbanização provocaram alteração na estruturação das famílias. As famílias passaram a ser constituídas pelo pai, mãe e filhos, denominadas família nuclear. Nesse novo modelo, ainda que a autoridade paterna prevalecesse, o patriarcado inicia seu declínio. Além do número reduzido de pessoas sob o comando do patriarca, a necessidade de mão-de-obra feminina nas fábricas fez com que a mulher contribuísse com a manutenção da família, e fragilizou a estrutura de poder consolidada no núcleo familiar (CARVALHO; FARAONI, 2010).

Em síntese, pode-se dizer que as transformações sociais, inclusive as evidenciadas nas relações de trabalho, provocam mudanças significativas nas estruturas familiares. Assim, a família se

constitui, se organiza e se estrutura em conformidade com a cultura e necessidades estabelecidas socialmente, e a definição do que se considera como família sofrerá também a influência desses fatores.

Nas famílias fixadas no ocidente predominavam a monogamia e os casamentos heterossexuais sustentados no amor romântico, organizados em pequenos núcleos, sem a presença de parentes em linhas e graus mais distantes ou de quaisquer outros agregados, comuns em outros períodos históricos (GIDDENS, 2012). De acordo com Strauss (1983), a monogamia foi imposta às sociedades modernas por razões morais, religiosas e econômicas. A família conjugal não é uma necessidade universal e nem integra a natureza humana. As questões de ordem econômica assumiram importância determinante nos arranjos matrimoniais e na seleção dos cônjuges. Assim, a divisão de trabalho entre os sexos torna o casamento indispensável na organização social.

No grupo familiar monogâmico acontece a primeira divisão do trabalho por classes. Para Engels (1984), a família abriga um claro antagonismo de classes, com a opressão de uma classe pela outra. A mulher integra a classe oprimida e o homem é o opressor. Nessa relação estabelecem união em prol da procriação, que é o objetivo precípua.

Na contemporaneidade, o termo família ganhou sentido múltiplo e tem sido concebida como meio de promoção humana, “podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 41). No mundo ocidental contemporâneo o casamento ainda é a forma mais comum de representação da configuração de família. Discute-se no âmbito jurídico se o matrimônio é contrato ou instituto, mas em ambas as perspectivas há um consenso de que o ajuste de vontade e o livre consentimento dos nubentes são requisitos essenciais para a sua conformação, sem qualquer interferência de terceiros, sem o qual o ato não se realiza e não surte os efeitos dele decorrentes.

Bruschini (1989) destaca que a família concentra duas facetas: se de um lado é um grupo social concreto, de outro é um modelo cultural. Como grupo social concreto, não cabe em um único modelo, e é por isso que se observa nas sociedades uma pluralidade de arranjos familiares, que variam da forma tradicional do casamento heterossexual, seja nuclear ou extenso, às uniões consensuais livres não formalizadas perante as regras estatais, as quais se organizam de forma multifacetada. Dessa maneira, produzem e reproduzem a cultura do meio social para que sejam reconhecidos coletivamente como modelo de família.

Apesar da presença hegemônica das famílias firmadas no casamento monogâmico, as transformações sociais têm evidenciado famílias estruturadas nas mais variadas formas. Com a

adoção do divórcio na maioria dos países tornou-se comum a união de pessoas advindas de casamentos desfeitos. Esse fenômeno tem sido reconhecido como a família reconstituída ou recomposta, que permite que casais se formem a partir da ruptura de vínculos anteriores e concentrem no mesmo núcleo familiar, além do novo cônjuge, os filhos de outros relacionamentos.

Lobo (2017) destaca que, com a fixação do Estado social a partir do século XX, a família tem enfrentado significativas alterações não apenas na sua função, mas também na sua estrutura e no próprio entendimento do que seja família. No que concerne à função desempenhada, ao longo da história da humanidade assumiu diversos papéis que variaram do religioso, ao político, ao econômico e ao de procriação. Além das que já estavam historicamente assentadas, a família assumiu na contemporaneidade a função de solidariedade e afeto entre seus membros.

FAMÍLIA À BRASILEIRA: COMO SE CHEGOU A ELAS?

Família, enquanto objeto de estudos, durante muito tempo no Brasil era temática apenas afeta à demografia, notadamente nos anos 1970. Entretanto, a partir da década de 1980 firmou-se a 'História da Família' como ramo específico da historiografia sem, contudo, abandonar as origens da 'Demografia Histórica', da qual se herdou a metodologia e recursos técnicos para pesquisa e estudo da matéria (SAMARA, 1987). As ciências sociais não se ocuparam da análise sociológica das famílias no Brasil até os anos 1970. A partir da segunda metade da década de 1970, com o avanço da industrialização no país, a família passou a ser objeto de estudos sociológicos pelo destaque que ganhou a classe operária e, por conseguinte, a forma como essa classe se organizava em famílias (BRUSCHINI, 1989).

No entanto, o processo de formação da família no Brasil se confunde com a própria história da colonização do país. Os nativos que aqui estavam, os portugueses colonizadores e os que posteriormente migraram para o território brasileiro, cada um a seu modo contribuiu com os inúmeros modelos de família próprios da sociedade brasileira. A explicação da formação da família brasileira enquanto movimento demográfico é bem apropriada, visto que a colonização do país é resultado de intensa mobilidade populacional. Essa mobilidade da população é capaz de explicar a estruturação da família no âmbito da colônia, pois além de trazer do país de origem o seu modo de vida, as pessoas se adaptaram à nova realidade, reconstruindo seus hábitos, costumes, cultura e tradições, em conformidade com o local em que se fixaram (NOVAIS, 1997). Assim, o estudo da pluralidade de modelos ou arranjos familiares existentes no Brasil partirá exatamente do modo como o Brasil colonial iniciou o processo de constituição das famílias com a vinda dos colonizadores portugueses. As famílias eram aqui constituídas entre eles e por eles, com a contribuição inicial dos nativos e dos outros imigrantes que no país se fixaram.

A vida na colônia brasileira ao tempo da colonização pode ser percebida como uma tentativa de prolongamento da vida na metrópole de origem. As pessoas deixavam Portugal para se fixar no Brasil onde estabeleciam suas relações pautadas no modo de vida anteriormente introjetado. Traziam na bagagem, além de expectativas, cultura e modo de viver, inclusive a forma como se organizavam e estruturavam em família. Contudo, no novo território foi necessário adaptarem-se às novas circunstâncias, e por vezes estabeleceram novas regras de conduta e modo de vida distinto em hábitos e costumes e constituíram, nas novas terras, uma forma própria de viver.

Dentre os costumes transportados e implantados nas terras recém-ingressadas à metrópole, os colonizadores firmaram no Brasil a sua conformação peculiar de constituir família, aquela assentada no casamento católico. Esse formato é distinto daqueles adotados nos diferentes modelos de família que aqui encontraram entre os nativos, os quais mantinham famílias constituídas de formas múltiplas, com rituais e requisitos determinados em conformidade com a etnia do grupo a que pertenciam (PRIORE 1999).

Segundo Silva (1998), entre os que aportaram em solo brasileiro, grande parte optou por não trazer suas famílias enquanto conheciam as novas terras. Vieram inicialmente com a intenção de trabalhar, gerar riquezas e proteger o território recém-incorporado à coroa portuguesa, haja vista os registros com número significativo de militares e profissionais da construção necessários à fixação e estruturação do novo território português. Priore (1999) registra que, com a inicial escassez de mulheres brancas, os colonos se uniam às índias, e por vezes, a mais de uma delas, visto que a poligamia entre os nativos era prática comum em algumas tribos. As famílias constituídas por brancos e índios viviam nas tribos, integradas aos costumes indígenas. Outros, entretanto, se estabeleceram com a mulher índia escolhida, em pequenas vilas com outros colonos, preservando a cultura familiar trazida da Europa, ainda que sem a observância das regras da união matrimonial nos ritos da Igreja Católica.

A despeito da história da organização familiar no Brasil ter sido contada apenas sob o prisma da família patriarcal, ela foi apenas a forma de estruturação adotada pelas elites, o ponto de partida da organização familiar no país. No entanto, grande parte da população, para não dizer a maior parte dela, se organizava de forma diversa da difundida pelos portugueses. Desde o período colonial já estava estabelecida socialmente a multiplicidade de formas de constituição de família, ainda que não legitimadas ou reconhecidas pelo Estado brasileiro (CORRÊA, 1981).

Assim, ainda que na invisibilidade imposta pela história contada desde a colonização, os diversos formatos de família foram aos pouco evidenciados na história descrita por autores contemporâneos. Famílias formadas pelos nativos aqui encontrados quando da chegada dos portugueses, famílias constituídas entre portugueses e nativos de forma exclusiva, famílias

paralelas, famílias que mesclaram ambos os modelos, famílias compostas pelos negros, de forma restrita ou com os portugueses, são alguns dos formatos que se pretende destacar no próximo item para a construção do conceito de família estabelecido no país e o entendimento da legitimação jurídica desse instituto.

Com a concessão das sesmarias, alguns sesmeiros já se aventuravam com mulher e filhos com a finalidade de se instalar em definitivo no território brasileiro para promover o povoamento do lugar escolhido. Outros, entretanto, traziam a família porque nessa condição havia facilidade na consecução das terras disponíveis, pois a coroa portuguesa favorecia a concessão em sesmarias para aqueles que se dispusessem a se estabelecer por aqui com mulher e filhos para que empreendessem o povoamento e garantissem a segurança do local. Todavia, os aventureiros fidalgos permaneciam pouco tempo no país e retornavam a Portugal com a família ante a falta de infraestrutura da colônia (SILVA, 1998).

Os primeiros séculos de colonização demonstram uma forte influência exercida pelos habitantes locais nos colonizadores. A distância da metrópole e da família dificultou a manutenção dos vínculos e das mesmas condutas e hábitos trazidos do reino. A falta de mulheres vindas de Portugal facultou a miscigenação com as nativas e posteriormente com as escravas, dando origem a arranjos familiares diversos dos estabelecidos na corte. Esse e outros fatores promoveram a mudança de costumes, e da própria constituição de família, que se estabelecia a partir das uniões não sacramentadas pelo casamento (ALGRANTI, 1997).

As relações concubinárias com as índias no período inicial da colonização eram comuns não só entre os colonos solteiros, mas também entre os casados que não trouxeram suas mulheres para a colônia. Essa prática, embora condenada pelos religiosos aqui instalados, era tolerada pelas autoridades, visto que atendia ao interesse da reprodução e povoamento, pois o número de mulheres brancas ainda era insuficiente para alcançar esse intento (SILVA, 1998).

Os Jesuítas, para conter o amancebamento dos brancos solteiros com as índias, diante de relações duradouras ou com filhos, insistiam na celebração do casamento mesmo a contragosto, pois condenavam a mistura das raças. Quanto aos portugueses já casados e na mesma condição, cuidavam de mandar-lhes de volta a Portugal para o retorno à família de origem, ou de lá faziam vir a mulher e filhos para a definitiva fixação no Brasil (FREYRE, 2003).

Outro fator que moldou a família brasileira foi a mobilidade populacional. Além de contar com a alta movimentação de pessoas advindas da metrópole, a sociedade colonial se via envolta em outro fenômeno que lhe era característico, a migração interna. O processo de colonização iniciado pelo litoral foi posteriormente deslocado para o interior do país. Em busca de

oportunidade de trabalho e fixação, as pessoas, principalmente os homens, protagonizavam esses movimentos migratórios, o que propiciou uma reestruturação no âmbito da família (PRIORE, 1999).

Por conta dessa intensa mobilidade populacional, a família no Brasil colonial adquiriu feições diversas. Em cada local no qual as pessoas se fixavam, a família estabelecia características e tamanhos distintos. A área açucareira do Nordeste do país foi identificada pela estabilidade e patriarcado. Por agregar muitas pessoas no seu entorno, evidenciava a família patriarcal extensa, modelo difundido como o sendo o da família brasileira. São Paulo, em função da presença dos bandeirantes, cuja mobilidade lhes qualificava, foi descrita como uma região instável e pobre, o que favorecia a constituição de famílias pelas mais variadas formas. Assim, a estruturação da família e o tipo de moradia que edificavam variavam em conformidade com o local onde os colonizadores se fixavam ou estabeleciam sua passagem na colônia (NOVAIS, 1997).

Apesar da variedade de organização familiar existente no modo de vida colonial, família no Brasil sempre foi vista e estudada conforme a lógica Freiriana. Gilberto Freyre fixou como modelo geral de família no país a família patriarcal. Contudo, com os estudos construídos com a historiografia firmada nos anos 1980, descobriu-se que o modelo patriarcal foi hegemônico em determinadas regiões do país e não a regra geral, como se fez crer durante muitos anos. Segundo consta, a confusão Freiriana se manteve não apenas quanto à família patriarcal enquanto sinônimo de família brasileira, mas também como sinônimo de família extensa, que não era o modelo exclusivo no Brasil, notadamente nas regiões Sul e Sudeste, nas quais prevaleciam famílias com estruturas menores no que concerne ao número de integrantes, denominada nuclear. Contudo, mesmo com número reduzido de componentes, preservavam a mesma estrutura patriarcal de poder (SAMARA, 1987).

Corrêa (1981) afirma que a família patriarcal existiu no Brasil e é inegável o importante papel que desempenhou na formação da sociedade brasileira, mas não foi o único modelo aqui existente. Para ela,

o conceito de 'família patriarcal', como tem sido utilizado até agora, achata as diferenças, comprimindo-as até caberem todas num mesmo molde que é então utilizado como ponto central de referência quando se fala de família no Brasil (CORRÊA, 1981, p. 10).

Esse entendimento é partilhado por Holanda (2004), para quem a família patriarcal rural, fixada na sociedade escravocrata do Brasil Colônia, cunhou a sociedade brasileira, a qual foi firmada em bases rurais, cuja riqueza estabeleceu-se pela exploração do trabalho escravo e da terra. A família colonial rural se sustentava no domínio e autoridade do proprietário, em cujo comando se

mantinha e produzia tudo o que era necessário para sua manutenção. Estruturada no direito romano-canônico a família se constituía pelo casamento religioso, na qual conservava mulher, filhos, escravos e demais agregados subordinados ao patriarca.

Assim, a base agrária, latifundiária e escravocrata do Brasil colônia fez emergir e consolidar na aristocracia a família patriarcal na qual predominava a autoridade do patriarca e a solidariedade entre todos os membros do núcleo familiar. Quanto mais ampliada fosse a família, maior sinal de poder do patriarca, o qual poderia estendê-lo por grandes extensões de terra onde se estabelecesse um amigo, compadre, vizinho ou agregado. Com isso, a família exercia papel de grande importância econômica, cultural, social e política que influenciava ou controlava a Igreja e o Estado (SAMARA, 2004).

Pensando a família patriarcal brasileira, Fernandes (1996) destaca algumas características que lhes são peculiares. Segundo o autor, o modelo patriarcal mantém laços consanguíneos; transmissão do poder na linha masculina ao primogênito legítimo; exercício do poder pelas normas tradicionais e costumeiras; manutenção da unidade política e econômica pelo poder conferido ao patriarca; comunhão religiosa firmada na fé católica e na solidariedade entre os membros do grupo familiar e seus agregados.

A matriz patriarcal na colônia era verdadeira matriz social. O patriarca exercia na política a mesma autoridade que fixava no núcleo familiar, com destaque para as trocas de favores entre os correligionários, acentuando o clientelismo e o populismo. Nas relações de trabalho o patriarca demonstrava o poder com violência, exigindo o máximo de labor, até o esgotamento humano. Além disso, a função econômica da família patriarcal extrapolava os limites da produção na circunscrição de seu domínio, já que o patriarca exercia influência em todos os âmbitos da sociedade. Intervinha na produção de quem lhe estava próximo, como também ampliava seu poder e domínio sobre as terras livres da colônia, bem como determinava o exercício do poder político (ALMEIDA, 1987).

O processo de colonização do Brasil está intimamente ligado à formação de famílias, as quais centralizavam todo o modo de vida colonial. Como acentuou Freyre (2003), a família é o fator mais importante da colonização brasileira. Concentrava em si a base econômica da riqueza da agricultura, como também a força do trabalho escravo. A família colonial, além de agregadora, foi também considerada como unidade de produção e detentora do capital que desbravou o território, abriu fazendas e exerceu o comando social que dominava a vida política da colônia.

Com a diversidade de funções que estavam a cargo da família no Brasil, e ante a ameaça de deformação na sua constituição, visto que era crescente o número de famílias constituídas pelas uniões livres, estabelecidas entre os colonizadores e as nativas, foi solicitado à coroa, pelos

sacerdotes, que enviassem ao país, órfãs e prostitutas para que se casassem com os que aqui estavam. As órfãs seriam destinadas aos fidalgos e as prostitutas se uniriam pelo casamento aos homens brancos pobres. Dessa forma legitimariam as famílias constituídas no país e incentivariam os homens brancos a deixarem as índias com quem se amancebavam, evitando, por conseguinte, proliferação da miscigenação das raças como também promovendo a restauração da forma estrutural de família fixada pela metrópole (PRIORE, 1999).

Nessa perspectiva, o casamento, visto como elemento colonizador da Igreja e Estado era garantia do status da elite. Nesse aspecto, a colônia se espelhava no modelo português: a família elitizada no Brasil colônia se constituía exclusivamente pelo casamento católico. Segundo Mota e Braick (2002), o matrimônio era a forma pela qual a aristocracia mantinha o prestígio e a estabilidade social, que os distinguiam dos demais, notadamente os mais pobres, mestiços e negros que optavam pelas uniões livres, por serem isentas de custos.

Assim, conforme dispõe Samara (2004), é possível firmar uma relação entre casamento, classe social e etnia das pessoas no período colonial. Entre as elites brancas a constituição da família se dava pelo casamento católico firmado nas tradições portuguesas e com ele se conservava a inteireza da raça, do patrimônio e prestígio social. Os pobres, mestiços e ilegítimos se uniam por vínculos não sacramentalizadas pelo matrimônio. Não obstante essa regra predominante no período colonial, há relatos históricos de uniões concubinárias ou matrimoniais entre pessoas de classes distintas, como também entre pessoas de raças diversas, seja por uniões exclusivas e monogâmicas ou poligâmicas.

Era comum entre as elites coloniais o casamento para manutenção do patrimônio e poder. Por isso eram incentivados casamentos entre iguais, mas o que se percebe é que o formato de família se alterava em conformidade com a classe social a que pertencessem seus membros, a etnia ou da região do país onde se fixavam. Família constituída pelas elites açucareiras conservava o modelo matrimonial patriarcal extensa, com formato numeroso. Em Minas Gerais e São Paulo predominava o modelo patriarcal nuclear. Famílias pobres eram constituídas sem as bênçãos da Igreja, em uniões livres ou consensuais denominadas concubinárias (PRIORE, 1999).

Os valores exorbitantes fixados pela Igreja para celebração e averiguações necessárias para que o casamento se efetivasse era óbice para a concretização dos matrimônios entre a população menos abastada, o que dificultava a legitimação da família para essas pessoas. Com isso, as relações concubinárias se proliferavam entre a população mais carente, entre os mestiços e entre os negros. A celebração do casamento, em conformidade com as regras do Estado e da Igreja, acarretava altos custos para os interessados, fixava deveres e estabelecia a consecução de direitos recíprocos entre os nubentes. Assim, a população menos privilegiada dispensava a legitimação

do núcleo familiar, mesmo sob o risco da prolação de sentença desfavorável, proferida pela Junta da Justiça, e conseqüente cumprimento da pena de prisão por ela determinada (SAMARA, 2004). Tanto no ciclo da cana, como da mineração, a estrutura patriarcal era perceptível entre as famílias mais abastadas. Com famílias numerosas, o patriarca levava os filhos muito cedo ao casamento, principalmente as meninas. Com doze, treze anos já eram destinadas ao matrimônio. Aos 15 anos já gerava preocupação nos pais, pois já havia o risco de permanecerem solteiras. As moças saíam de suas casas e passavam a morar com a família do marido, convivendo sob o domínio do patriarca daquele núcleo que passava a integrar (FREYRE, 2003).

As filhas levadas ao casamento passavam do domínio do pai para o domínio do marido ou de quem exercia o poder patriarcal no novo núcleo familiar no qual se inseria. O poder do patriarca era ilimitado, pois detinha a gestão inclusive sobre a vida e a morte dos membros de seu núcleo. A mera suspeita de adultério cometido por uma nora era causa de sua execução, determinada por seu sogro patriarca, sem qualquer chance de apresentação de defesa em seu favor, e com a garantia de que nenhuma punição seria ao patriarca imposta, como conta Holanda (2004).

Os rapazes, garanhões, iniciados precocemente na vida sexual pelas negras, em sua maioria, não se desvinculavam da família originária após o casamento. Continuavam no seio de sua família com sua esposa, mantendo a extensão do grupo familiar. Era comum o casamento com membros da mesma família para que o patrimônio fosse conservado no mesmo grupo, o que por vezes levava a grandes disputas familiares pelos bens deixados por herança (FREYRE, 2003).

Assim, prática corriqueira era o casamento estabelecido entre primos, tios com sobrinhas, os quais apresentavam alto índice de incidência na colônia, conforme apontou Samara (2004) em seus estudos sobre a sociedade paulista. A autora acentua que os casamentos consanguíneos e por afinidade, até o 4º grau de parentesco, eram fatos quase naturais no Brasil colonial, episódios evidenciados inclusive entre meio-irmãos e cunhados.

É comum o entendimento da dominação masculina e submissão feminina na família patriarcal brasileira. As funções de educação e cuidado foram delegadas à mulher, tendo em vista a ideia de que fazem parte da natureza feminina os atributos necessários ao desempenho dessas funções. O poder de decisão e domínio era deferido ao marido, naturalmente provedor da família. A autoridade de chefe de família garante ao patriarca a manutenção de privilégios e ainda lhe confere toda a gestão do patrimônio e dos demais membros da família, bem como sobre os vários parentes e agregados (SAMARA, 2004).

Havia dessa forma, na família patriarcal, a distribuição de trabalho considerando o sexo de seus membros. A mulher se responsabilizava pelas questões domésticas, a ela era delegado o cuidado com os filhos, e era no âmbito privado que exercia seu papel na família. O homem se ocupava das

questões públicas, comandava os que estavam a sua volta, e era responsável pela manutenção econômica do grupo familiar. Daí a percepção da mulher como cuidadora e educadora, e do marido como provedor e dominador.

No Brasil Colônia, não obstante a ideia do marido dominador e mulher submissa, difundidos tanto nos registros históricos quanto nos romances que descreveram aquele período, Mota e Braick (2002) demonstram que houve também mulheres que rompiam com essa dominação masculina ou criavam mecanismos para minimizar as práticas de dominação e promover sua inserção social.

Os testamentos e os divórcios dessa época registraram mulheres de diferentes classes sociais se rebelando contra a ordem posta. Mulheres influentes no núcleo familiar, nos negócios, trabalhando para a sua manutenção e também de seus filhos. Restaram registrados ainda em testamentos adultérios femininos e mulheres viúvas e solteiras com prole ilegítima, situação só revelada após a morte de algumas delas. Esses fatos têm levado os historiadores a questionar como mito a dominação masculina e submissão feminina como regra na família colonial brasileira (SAMARA, 1987).

Em caso de viuvez, quando os filhos do sexo masculino se casavam e deixavam o lar materno, a autoridade da família era repassada à mulher, que, nessa circunstância, acumulava as funções de educação dos demais filhos, administração do lar e dos negócios da família. Passavam dessa forma a serem detentoras do controle público e privado das questões relativas ao núcleo familiar (MOTA; BRAICK, 2002).

Na colônia há registro de famílias chefiadas exclusivamente por mulheres. Na ausência do marido e na falta de outros homens no núcleo familiar que pudessem assumir a condução da família, do patrimônio e negócios, a mulher incumbia-se dessas responsabilidades, devendo justificar juridicamente, em alguns casos, o exercício dessas funções eminentemente masculinas (SAMARA, 2004).

Além da viuvez, os movimentos migratórios masculinos em busca de trabalho propiciaram o nascimento e/ou a consolidação da família monoparental na colônia, composta por um dos genitores e sua prole. Os homens abandonavam as mulheres e os filhos na busca de melhores condições no centro do país, e elas passavam a exercer a gestão de todos os interesses da família. Restaram também assentadas as famílias monoparentais formadas por homens solteiros e seus filhos ilegítimos (não concebidos na constância de um matrimônio), reconhecidos e legitimados posteriormente em testamentos (PRIORE, 1999).

A família patriarcal rural escravocrata do Brasil colônia revela, além das características já acentuadas, como um dos privilégios conferidos ao sexo masculino, a possibilidade de fixar a poligamia. Aos homens brancos, todas as relações sexuais eram permitidas e incentivadas, ao passo que da mulher branca era exigida a castidade e fidelidade como garantia da legitimidade da prole em favor do marido (ALMEIDA, 1987).

Mota e Braick (2002) reafirmam que mesmo quando já se tinha na colônia um número considerável de mulheres europeias, não eram raros os casos em que, além do casamento, o marido mantinha várias outras mulheres à sua disposição, índias e posteriormente as negras que lhes prestavam serviços, com quem tinham filhos não reconhecidos.

Fato notório na perspectiva freiriana é a participação efetiva do negro na formação da sexualidade e da família no Brasil Colônia. Além da participação da negra na iniciação sexual dos meninos brancos, havia também a exploração sexual da mulher negra para a satisfação do seu senhor. Nas entrelinhas de sua narrativa Freyre informa que da senzala subia para casa grande todo tipo de serviço, inclusive os destinados à satisfação sexual dos brancos. Em vários trechos da obra o autor revela que muitos senhores dependiam da mulher negra para a promoção de seus estímulos sexuais, mesmo quando casados com mulheres brancas (FREYRE, 2003).

Prevalecia nos núcleos familiares da colônia a monogamia formal apregoada pelo catolicismo. Entretanto, entre os aristocratas as práticas poligâmicas eram frequentes, como restou registrado em vários testamentos da época. Nos documentos os senhores deixavam descrito o elenco de filhos ilegítimos que haviam tido fora do casamento, por vezes com índias, ou negras com as quais conservavam núcleos familiares distintos do oficial. Por esses instrumentos, os senhores fixavam alimentos aos filhos ilegítimos, destinavam-lhes escravos e alforriavam suas mães quando ainda escravizadas (SILVA, 1998).

Não raros também eram os casos em que os homens brancos, solteiros, se uniam pelo concubinato às suas escravas e com elas constituíam famílias com ampla prole e mantinham a todos na condição de escravos. Em testamento eles promoviam a libertação de seus familiares, e lhes designava seu patrimônio, incluindo o repasse de escravos para o serviço (PRIORE, 1999).

Freyre (2003) reforça a ideia da monogamia formal na colônia. Entende que a família patriarcal era monogâmica pelas origens católicas, porém contava com a permissividade de todos para que relações poligâmicas se instaurassem na casa grande. Confirma a ideia de que o patriarca colonizador, com virilidade aflorada, mantinha relações sexuais com todas as mulheres que desejasse. Escravas e ou esposas, todas estavam a seu serviço e com elas instituíam famílias com ampla prole.

Além das famílias instituídas com seus senhores, os escravos constituíam famílias entre si. A formação de família entre os negros viria a partir de disputas acirradas entre os homens, visto que o número de mulheres nas fazendas era muito menor. Nas fazendas canavieiras, os escravos procuravam se unir a outros de mesma etnia, costumes e religião, o que lhes permitiam conduzir a vida em conformidade com o modo como viviam na região africana de onde procederam (PRIORE, 1999).

A união dos escravos em família variava também em consonância com a atividade que desempenhavam. Os escravos domésticos batizados eram detentores de regalias e normalmente a eles era permitido o casamento católico, pois já assimilavam a religião dos seus senhores. Aqueles que se dedicavam ao trabalho nas fazendas eram incentivados a manter-se amancebados, muitas vezes a partir das escolhas de seus senhores quanto ao companheiro (FREYRE, 2003).

Nas cidades, além da união entre escravos, era comum a união concubinária de escravos com alforriados, haja vista o número de filhos negros ilegítimos contabilizados pela Igreja na colônia. Todavia, quando o companheiro livre desempenhava alguma atividade que lhe possibilitasse uma renda, reunia valores para comprar a liberdade do companheiro ainda escravo, e às vezes se casavam conforme os ritos católicos. Passavam a trabalhar juntos para prover o sustento próprio e dos filhos que decorressem dessa união (PRIORE, 1999).

A mobilidade, característica da vida colonial, se aplica também como fator a ser considerado na constituição da família dos escravos. Havia entre a população escrava grande mobilidade, visto que a permanência na mesma circunscrição em que nascia ficava à mercê dos interesses dos senhores, o que dificultava o casamento católico, pois a certidão de batismo, exigida para o rito, por vezes se encontrava em local diverso de onde o casamento deveria ser celebrado (SILVA, 1984).

Não obstante o desejo de pautar a vida familiar em conformidade com os portugueses, a publicação dos proclamas para a avaliação dos impedimentos para o matrimônio também era fator que dificultava a celebração do casamento entre escravos. Os proclamas deveriam ser publicados tanto no local da celebração do casamento, como em todos os locais em que viveram os nubentes a partir da idade núbil, 12 anos para as mulheres e 14 para os homens. Assim, a obrigatoriedade dessa ampla publicação também obstaculizava a celebração do casamento entre os negros e os levavam a manter suas famílias constituídas pelo concubinato (SILVA, 1984).

A família no período colonial, ainda que como mero estereótipo, era a constituída somente pelo matrimônio católico. Todas as demais formas socialmente assentadas eram invisíveis ao Estado e à própria sociedade, que lhes faziam vistas grossas. Inadmitiam publicamente a poligamia fixada

pelas elites ou pelos nativos, mas conheciam e toleravam a existência dessas relações. Ignoravam as uniões concubinárias e desvalorizavam as famílias monoparentais, nas quais a prole era desconsiderada e lhes era negada a legitimação.

Com a abolição da escravidão houve um intenso fluxo migratório no país, marcado pela chegada dos trabalhadores livres estrangeiros. Houve também a mobilidade dos escravos, recém-libertos e sem trabalho, para as cidades, em busca de nova forma de viver. Com a República próxima e a superpopulação produzida pela mobilidade dos dois movimentos, tem-se o retrato caótico da vida urbana no Brasil (MALUF; MOTT, 1998).

Ante a urbanização premente, a família brasileira descrita na literatura no segundo reinado é circunscrita ao meio urbano. A consolidação do capitalismo e ascensão da burguesia fez com que se assentasse inclusive no Brasil a família burguesa. Os casamentos ainda eram mecanismos de manutenção da riqueza, e por isso se davam entre famílias, que definiam as alianças sólidas e promissoras mediante o matrimônio de seus filhos. Embora os romances já indicassem o enlace pelo amor, permaneciam no país os vínculos firmados por interesses econômicos (D'INCAO, 2017).

As elites agrárias já estabelecidas nas cidades, como também a gama de excluídos produzidos nesse contexto, não operaram mudanças na estrutura familiar advinda do período colonial. Ter-se-ia, nessa perspectiva, na República, apenas a mudança geográfica dos múltiplos arranjos familiares existentes no país e a legitimação jurídica promovida pela legislação brasileira do modelo de família concebido pelas elites oligárquicas.

LEGITIMAÇÃO JURÍDICA REPUBLICANA DA FAMÍLIA PATRIARCAL

A mudança para o regime republicano não operou de imediato alterações significativas na estruturação da família no Brasil. Houve a preservação oficial tanto do modelo patriarcal extenso quanto do modelo nuclear. Envoltos com as expectativas do regime recém-instalado, os brasileiros não inovaram na configuração de suas famílias, mantiveram o modelo oficial e também os arranjos concebidos na clandestinidade.

Mas a vida burguesa aos poucos ia se assentando na sociedade urbana brasileira, promovendo alterações nos costumes e hábitos, inclusive no âmbito da família, o que restou evidenciado até mesmo na delimitação dos espaços residenciais, nos quais foram estabelecidas fronteiras entre a intimidade e publicidade das relações neles firmadas, bem como entre as relações familiares estabelecidas com o mundo externo (D'INCAO, 2017).

Ao assimilar a vida burguesa europeia, a família brasileira também se espelhou na forma estrutural nos moldes europeus. A família burguesa brasileira passou a ser reduzida e não mais extensa, não só em número de filhos, mas também em número de pessoas a ela associada, de modo a se adaptar ao modelo de vida urbanizada, primando pela privacidade das relações empreendidas no âmbito familiar.

A legislação Republicana nesse contexto cumpriu seu papel de contenção do avanço da modernização das relações femininas na sociedade e na família. Retrato as convicções dominantes, e forjou as relações entre os sexos com os valores próprios do patriarcado. Atualizou as relações de poder, fixando expressamente a hierarquia entre os sexos, estabeleceu legalmente a monogamia, como forma de contenção do adultério feminino, e fixou o casamento como a única forma de constituir família no país (BARSTED, 1987).

O Brasil, enquanto colônia portuguesa, era regido por leis vindas de Portugal. Assim, a legislação no Brasil não é fruto de evolução cultural do povo brasileiro, visto que desde sua origem lhe fora imposto um regramento advindo de outra civilização. Não houve, como em outras culturas, um direito construído a partir dos erros e acertos advindos das relações sociais aqui empreendidas, inclusive no que concerne à regulação da forma de se constituir família no país, como se verá adiante (CRISTIANI, 2009).

Dessa forma, a definição de família e os direitos a ela concernentes não se alteraram com a inauguração da República. No período Republicano, embora o processo legislativo tenha sido construído no Brasil, mesmo com um Estado independente, as bases da legislação portuguesa, com ampla influência da Igreja Católica, permaneceram no país.

O primeiro Código Civil Brasileiro, instituído pela Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916, regulamentou as relações de natureza privada, inclusive as relações jurídicas concernentes à família. Estabeleceu nos moldes católicos o casamento monogâmico heterossexual como a única forma de constituição de família, nos artigos 180 a 314. O Código de 1916 estabeleceu o modelo burguês de família urbana, a família nuclear, composta pelo pai, mulher e filhos. Trouxe a monogamia como matriz e o homem como mediador das relações familiares com a sociedade e detentor exclusivo da vontade coletiva do núcleo familiar (BARSTED, 1987).

Distante da realidade, e firmada nas regras anteriormente vigentes na colônia, a legislação republicana elegeu juridicamente o casamento como sinônimo de família no Brasil. Nesse sentido, manifesta Barsted (1987, p. 104) que

a família estruturada pela legislação brasileira não é o simples reflexo do modo de relacionamento do grupo familiar, conforme vivenciado nas diferentes classes sociais. É, antes, a codificação de uma visão de mundo das elites dominantes, preocupadas com a legitimação, em termos legais, dos laços familiares, com a definição de poder marital e paterno, com a legitimação da prole e a regulamentação do patrimônio.

A perspectiva adotada pela legislação brasileira é indicativo da completa dissociação do Código Civil de 1916 com a realidade social estabelecida à época de sua entrada em vigor. A moralidade das classes dominantes, persuadidas pela racionalidade católica, procurava condenar todo tipo de formação familiar que não decorresse dos padrões por ela estabelecidos. Uniões consensuais e que adotassem o menor indicio de simetria entre homens e mulheres eram taxadas de imorais e ilícitas, já que não havia quanto a elas qualquer previsão legal. Ao contrário, a legislação em vigor primava pelo tratamento desigual entre homens e mulheres.

A Igreja Católica, desde o período colonial, incentivava a família formada exclusivamente pelo casamento. Condenava as uniões livres, pois considerava o concubinato um desrespeito ao sacramento. Combateu durante muito tempo o amancebamento, elaborando inclusive documentos oficiais para desqualificar perante a sociedade as famílias formadas por arranjos livres da tutela da igreja ou do Estado (MOTA; BRAICK, 2002).

Apesar de a realidade social já demonstrar a existência de núcleos familiares diversos, notadamente os provindos das classes menos favorecidas, dos recém-libertos e da legião de imigrantes vindos de outros países, o Código Civil brasileiro de 1916 descreveu e regulamentou um único modelo de família, o modelo patriarcal, monogâmico e nuclear.

Nesse sentido, Barsted (1987) destaca que houve um significativo afastamento entre o que a lei regulava e a multiplicidade de formas de organização familiar existentes no Brasil. O discurso legal era reducionista, mas a família, como realidade social, era plural. A legislação brasileira se tornou o devaneio das elites, produziu a ficção de que o casamento era a regra e os outros modelos de família exceções que continuariam à margem das garantias instituídas pelo Estado.

O Código Civil de 1916 reproduzia as concepções dominantes do século XIX, influenciado pelo Código Civil Francês de 1804 e o alemão de 1896. Teve por características o individualismo, o patrimonialismo, principalmente no que diz respeito à regulação da propriedade, e o paternalismo, por primar pela autoridade masculina nas relações familiares. Refletia os anseios da sociedade colonial para a qual fora criado, já que a matriz social brasileira ainda não se desgarrara de sua origem. Apesar de representar um avanço à época, na regulação de outros aspectos da vida

social, para a família o código mostrou-se extremamente conservador pelo que se esperava da vida republicana (GONÇALVES, 2014).

Não obstante todo aspecto negativo, o Código Civil de 1916 foi considerado benéfico ao núcleo familiar em relação à legislação vigente em 1890, que estampava a supremacia masculina com poderes ilimitados, como também a responsabilidade pública do homem sobre a família, além de destinar a ele a administração e usufruto completo de todos os bens pertencentes ao núcleo familiar, mesmo os que porventura tivessem sido trazidos pela mulher com o casamento (MALUF; MOTT, 1998).

De acordo com Farias e Rosenvald (2014, p. 36), a legislação civil brasileira, inspirada no código de Napoleão, reafirmava

a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade.

Pequena ou nenhuma relevância era conferida pela legislação à felicidade, bem-estar e realização das pessoas enquanto individualidades nas relações familiares. O que afligia o Estado e a sociedade era a manutenção do patrimônio familiar, com a indissolubilidade das alianças familiares construídas a partir dos casamentos. Daí a necessidade da legitimação jurídica do modelo matrimonializado como o único a integrar a construção da sociedade brasileira.

Além do Código Civil de 1916, para garantia da família nos moldes estabelecidos pelas categorias dominantes, o Código Criminal do Império e o Código Penal de 1940 que lhe sucedeu traçavam regras de conduta no âmbito familiar. Estabeleciam normas que puniam a bigamia e o adultério, como garantia da monogamia feminina, visto que a possibilidade masculina de infringir tais regras era percebida pela sociedade como fato natural. Protegia também a mulher taxada como 'honesta', contra os crimes sexuais para assegurar a virgindade e a monogamia feminina. Com isso, garantia a legitimidade da prole, como assevera Barsted (1987).

A família exclusivamente matrimonializada começa a dar sinais de fragilidade quando a partir dos anos 1960 os tribunais brasileiros passam a conferir direitos à concubina. Segundo Diniz (1993, p. 223), o concubinato é a “união livre e estável de pessoas de sexo diferente, que não estão ligadas entre si por casamento civil”, com o intuito de constituir família. A autora elenca uma série de requisitos para que a relação concubinária se configurasse. Destaca que seria necessária a continuidade nas relações sexuais, a ausência de matrimônio civil válido firmado por qualquer

dos concubinos, a notoriedade de afeições recíprocas, fidelidade da mulher para com o amásio, coabitação, dentre outros.

As pessoas que se vinculavam nessas uniões livres recebiam a denominação de concubinos ou amásios, expressões que os distinguiam de forma negativa na sociedade brasileira, já que a família legítima juridicamente e aceita socialmente era a constituída pelo matrimônio (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014).

A união concubinária não era considerada como entidade familiar, pois não lhe eram garantidos quaisquer direitos relativos à família, nem mesmo as varas de família tinham competência para apreciar as questões a ela pertinentes. As ações propostas para a solução dos conflitos advindos dessas relações eram ajuizadas perante as varas cíveis, aptas a resolver conflitos de natureza patrimoniais (LOBO, 2017).

A evolução legislativa e jurisprudencial passou a garantir à concubina o direito de usar o nome do amásio, desde que a vida em comum perdurasse pelo período mínimo de cinco anos e se houvesse entre eles filhos comuns. Garantiu o reconhecimento dos filhos havidos nessas relações. Permitiu que a concubina fosse beneficiária da previdência social, direitos trabalhistas e indenizações decorrentes de acidente de seu amásio. Distinguiu à concubina parte do patrimônio adquirido pelo esforço comum na constância da união (DINIZ, 1993).

O Código Civil de 1916 fazia menção expressa contra a aquisição de direitos por pessoas em uniões concubinárias. Proibia o homem casado de dispor benefícios em testamento à concubina ou a incluí-la como beneficiária em seguro de vida por ele estipulado. Essa norma posteriormente passou a ser aplicada nos tribunais somente para pessoas que mantivessem o concubinato impuro. O concubinato puro, aquele decorrente de uniões em que não houvesse impedimento para o casamento para nenhum dos conviventes, passou a receber a tolerância do judiciário. Essa espécie de união foi posteriormente entendida como união estável, regulamentada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) (GONÇALVES, 2009).

Outro fator que facultou a formação de nova organização familiar no Brasil foi o advento da Lei 6.515, de 26 de dezembro de 1977, denominada Lei do divórcio. A referida lei introduziu a separação judicial como forma de ruptura da sociedade conjugal (Art. 2º, III), o que retirou o estigma trazido com o antigo desquite. Permitiu com o divórcio a dissolução do casamento, o que oportunizou às pessoas contraírem novo matrimônio ou mesmo a manutenção de núcleo familiar diverso do casamento. Contudo, na primeira edição a lei restringiu a possibilidade de divórcio a uma única. Caso o segundo matrimônio não fosse o esperado, o casal deveria permanecer casado sem a possibilidade de dissolver os vínculos matrimoniais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, desde a apropriação do seu território pelos portugueses, vários arranjos familiares foram estabelecidos, ainda que a forma oficial de constituir família reconhecida pelo Estado tenha sido exclusivamente o casamento religioso trazido pelos colonizadores. Como a religião, a legislação brasileira legitimou somente a família constituída pelo casamento, apesar da variedade de modelos já existentes no país. Famílias formadas pela união consensual e informal, famílias constituídas de forma paralela, famílias constituídas por um dos genitores e sua prole foram por séculos ignoradas na história do Brasil, sem qualquer reconhecimento ou garantia de direitos.

O aparato jurídico republicano foi todo construído em torno da proteção do casamento, como forma de garantir a manutenção do patrimônio e sua transmissão por herança aos filhos das relações legitimadas pelo Estado. Restringia garantias a toda e qualquer forma de estabelecer família que fugisse a esse padrão, pois se perderia o controle do patrimônio familiar que por vezes poderia ser partilhado entre pessoas não integrantes do núcleo que se queria proteger. As uniões livres, quando não condenadas, eram marginalizadas com a exclusão de direitos a seus integrantes. Filhos decorrentes de uniões consensuais ou havidos fora do casamento eram desconsiderados. Uniões entre pessoas do mesmo sexo sequer entravam nos debates jurídicos.

Assim, da mesma forma que com Engels (1984) restou autorizada a conclusão de que a definição de família e suas relações de poder estiveram associadas à detenção da propriedade privada, pode-se também concluir que a legitimação jurídica da família no Brasil também esteve condicionada às questões de natureza patrimonial e à manutenção desse patrimônio restrita a grupo determinado. Além disso, a força da matriz católica nas origens da sociedade brasileira pode ser considerada como fator determinante para o reconhecimento exclusivo da família matrimonializada.

Nota-se que o país passou por muitos formatos de família, legitimados socialmente desde a sua colonização. Não obstante, a prevalente hegemonia da família patriarcal extensa ou ampliada, oficialmente propalada nos períodos colonial e imperial, bem como a legitimação jurídica exclusiva da família nuclear representada pelo matrimônio vivenciada também na República, no Brasil as regras para a constituição da família vêm aos poucos sendo alteradas na contemporaneidade para conformação com a realidade social.

Dessa forma, o quadro de exclusão das formas plurais de se constituir família perdurou no país até o advento da nova ordem constitucional instituída em 1988. A partir daí abriu-se a possibilidade de se considerar juridicamente os modelos de família construídos socialmente. Apesar da

hegemonia da família constituída pelo casamento ainda na contemporaneidade, esse modelo coexiste com uma multiplicidade de arranjos familiares reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88).

REFERÊNCIAS

ALGRANTI, Leila Mezan. Família e Vida Doméstica. In NOVAIS, Fernando A. (coord. Geral), SOUZA Laura de Melo e (org). **História da Vida Privada no Brasil**. Cotidiano e Vida Privada na América Portuguesa. Vol. I. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.); SAMARA, Eni de Mesquita; VELHO, Gilberto; BARSTED, Leila Linhares; GONÇALVES, Margareth de Almeida; CARNEIRO, Maria José (org.); DA MATTA, Roberto; FIGUEIRA, Sévulo Augusto; PAULA, Silvana Gonçalves de (org.). **Pensando a Família no Brasil: Da Colônia à Modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.

ALMEIDA, Ângela Mendes de. Notas Sobre a Família no Brasil. In. ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.) et al. **Pensando a Família no Brasil: Da Colônia à Modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.

ARIÉS, Pillippe. Tradução de Dora Flaksman. **História Social da Criança e da Família**. 2.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2006.

BARSTED, Leila Linhares. Permanência ou Mudança? O discurso Legal Sobre a Família. In. ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.) et al. **Pensando a Família no Brasil: Da Colônia à Modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.

BRASIL, DECRETO-LEI 2.848 de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Lei 3.071 de 1 de janeiro de 1916. **Código Civil Brasileiro, 1916**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm

BRASIL, Lei 6.515 de 26 de dezembro de 1977. **Lei do Divórcio**. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-6515-26-dezembro-1977-366540-normaatualizada-pl.html>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRUSCHINI, Maria Cristina. **Uma Abordagem Sociológica de Família**. São Paulo: Revista Brasileira de Estudo das Populações, 1989.

CARVALHO, Débora Cristina de. FARAONI, Alexandre. **Sociologia – Ser Protagonista**. São Paulo: Edições SM, 2010.

CASTRO, Hebe M. Matos de. Laços de Família e Direitos no Final da Escravidão. In NOVAIS, Fernando A. (coord. Geral), ALENCASTRO, Luiz Felipe de (org). **História da Vida Privada no**

Brasil. Império: a corte e a modernidade nacional. Vol. II. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

CORRÊA, Mariza. **Repensando Família Patriarcal Brasileira.** Cad. Pesquisa, 37, São Paulo, maio de 1981.

CRISTIANI, Cláudio Valentim. O Direito no Brasil Colônia. In: WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito.** 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

D'INCAO, Maria Angela. Mulher e Família Burguesa. In: PRIORE, Mary Del. **História das Mulheres no Brasil.** 10. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. V. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Vol. V. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

ENGELS, Friedrich. **A origem da Família e da Propriedade Privada e do Estado.** 9. ed. Tradução Leandro Konder. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Direito de Famílias.** 6. ed. Rio de Janeiro: Jus Podium, 2014.

FERNANDES, Florestan. **A Família Patriarcal e as suas Funções Econômicas.** Revista USP, São Paulo (29) Março/Maio 1996. P.74-81

FREYRE, Gilberto. **Casa-Grande e Senzala.** Formação da Família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48.ed. Recife: Global, 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia.** 6.ed. Porto Alegre: Penso, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26.ed. São Paulo: Companhia das letras, 2004.

LEVY, Maria Stella Ferreira. **Temas Conjugais.** Um diálogo entre os costumes e as leis. São Paulo: Paulistana, 2013.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2017.

MALUF, Marina. MOTT, Maria Lúcia. Recônditos do Mundo Femininos. In NOVAIS, Fernando A. (coord. Geral), SEVCENKO, Nicolau (org). **História da Vida Privada no Brasil.** República: Da Belle Époque à Era do Rádio. Vol. III. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

MOTA, Myriam Becho. BRAICK, Patrícia Ramos. **História das Cavernas ao Terceiro Milênio.** 2.ed. São Paulo: Moderna, 2002.

NOGUEIRA, Jenny Magnani de O. A instituição da Família em a Cidade Antiga. In. WOLKMER, Antônio Carlos (org.). **Fundamentos de História do Direito**. 4.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

NOVAIS, Fernando A. Condições da Privacidade na Colônia. In. NOVAIS, Fernando A. (coord. Geral), SOUZA Laura de Melo e (org). **História da Vida Privada no Brasil**. Cotidiano e Vida Privada na América Portuguesa. Vol. I. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

PRIORE, Mary Del. **A Família no Brasil Colonial**. São Paulo: Moderna, 1999.

PRIORE, Mary Del (org.). **História das Mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2017.

PINSKY, Carla Bassanezi. **Mulheres dos Anos Dourados**. In. PRIORE, Mary Del (org.). **História das Mulheres no Brasil**. 10. ed. São Paulo: Contexto, 2017

SAMARA, Eni de Mesquita. Tendências atuais da História da Família no Brasil. In. ALMEIDA, Ângela Mendes de (org.) et al. **Pensando a Família no Brasil: Da Colônia à Modernidade**. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo: UFRRJ, 1987.

SAMARA, Eni de Mesquita. **A família Brasileira**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **História da Família no Brasil Colonial**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. **Sistema de Casamento no Brasil Colonial**. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1984.

STRAUSS, Claude Levi. **O Olhar Distanciado**. Lisboa: Perspectivas do Homem/Edições 70, 1983.

OS COSTUMES JURÍDICOS SOBRE ACESSO À TERRA EM COMUNIDADES RURAIS DO VALE DO JEQUITINHONHA, MG

Dilson de Quadros Godinho Neto¹

Vanessa Marzano Araújo²

RESUMO: Buscou-se verificar quais são os costumes jurídicos da população em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha sobre acesso à terra. Foi feita uma pesquisa qualitativa, tendo como métodos a pesquisa bibliografia e pesquisa de campo com técnica de entrevista individual e grupo focal. Ao final, concluiu-se que o registro e a disposição em lei são suficientes para deferir direitos de acesso à terra sob o paradigma da legislação estatal, enquanto o trabalho e o efetivo exercício que deferem o acesso à terra sob os direitos costumeiros.

Palavras-chave: Direito consuetudinário. Extensão Rural. Legislação.

ABSTRACT:

We sought to verify the legal customs of the population in rural communities in the Jequitinhonha Valley regarding land access. A qualitative research was carried out, using bibliography and field research methods with individual interview technique and focus group as methods. In the end, it was concluded that registration and provision in law are sufficient to defer access rights to land under the paradigm of state legislation, while the work and effective exercise that defer access to land under customary rights.

Keywords: Customary law. Rural extension. Legislation.

INTRODUÇÃO

O atual sistema jurídico brasileiro possui como lei maior a Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, a qual foi promulgada em 05 de outubro de 1988 e trouxe as principais garantias e direitos para a população brasileira em geral. E, como disposto na própria CF/88, as competências legislativas foram distribuídas entre os entes do Estado brasileiro (União, Estados/Distrito Federal e Municípios), cada qual com poderes específicos para criar suas normas e aplicá-las ao seu território político. Estas normas estatais possuem caráter abstrato e geral, ou seja, aplicam-se a todas as situações e a todas as pessoas; são as chamadas leis – produto

¹ Advogado, Mestrando em Sociedade, Ambiente e Território – UFMG/Unimontes, Professor da Faculdade Santo Agostinho.

² Economista, Doutora em Economia pela UFU; Professora Adjunta do Instituto de Ciências Agrárias da UFMG e do Mestrado Associado em Sociedade, Ambiente e Território UFMG/Unimontes.

das discussões das diversas casas legislativas nacionais (Senado, Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa e Câmara Municipal).

As situações específicas de cada caso concreto também são resolvidas através da criação de normas pelos entes da federação brasileira. Entretanto, como são tantas as especificidades de cada região e território, a criação destas normas está sujeita a escolhas políticas governamentais. Apesar de existir uma presunção de que o sistema nacional será aplicado em todo território brasileiro, existem comunidades que vivem às margens desse sistema jurídico nacional e aplicam normas próprias e formuladas com base em outros paradigmas. Estas normas próprias são consideradas normas costumeiras locais e possuem suas categorias conceituais próprias, as quais são distintas daquelas utilizadas pelo estado brasileiro.

O presente artigo tem como problema de pesquisa: Quais são os costumes jurídicos da população em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha, MG sobre acesso à terra? O objetivo é verificar como se dá o acesso à terra em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha, Minas Gerais.

Para tanto, a metodologia utilizada foi uma pesquisa de abordagem qualitativa, utilizando-se os métodos de pesquisa bibliográfica, documental e de campo através de entrevistas individuais e grupo focal. Realizou-se uma revisão bibliográfica para discussão de abordagens e conceitos, consultou-se a legislação pertinente ao tema, documentos relativos as normas costumeiras disponíveis em associações, organizações não-governamentais e sindicato dos trabalhadores rurais bem como uma extensiva pesquisa de campo *in loco* entre os meses de novembro e dezembro de 2019. Além de entrevistas semiestruturadas individuais e grupos focais. A amostragem foi não-probabilística intencional que teve origem as indicações de uma organização não-governamental, com histórico de atuação e reconhecimento público em ações de desenvolvimento rural. Dessa forma foi possível delinear a amostra da pesquisa e esboçar um quadro analítico das normas costumeiras praticadas ao longo dos anos em comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha, MG.

Além da introdução e considerações finais, o artigo apresenta na sequência o direito contemporâneo, com foco na posse, propriedade e herança, após, é analisada a questão dos direitos costumeiros para, em seguida, verificar como as comunidades rurais pesquisadas tratam do acesso à terra.

1. DIREITO CONTEMPORÂNEO: ASPECTOS LEGAIS SOBRE POSSE, PROPRIEDADE E HERANÇA

Atualmente, as questões pertinentes à acesso de terra no país podem ser observadas e analisadas de duas maneira; a primeira pelo aspecto da legislação posta, a qual traz a legislação oficial do

país e, a segunda, o aspecto fático, a qual pode ser observada sobre o aspecto dos direitos costumeiros. Sobre o acesso à terra, basicamente, as possibilidades são: posse, propriedade e política pública (reforma agrária e outras ligadas à moradia, as quais não serão objeto de análise deste trabalho); ressalta-se que também pode haver acesso à terra por meio do direito de herança, porém, ele virá ou pela posse ou pela propriedade.

1.1. APOSSE

Um dos conceitos jurídicos que é alvo de debates desde tempos imemoriais é a posse; divergências existem desde a origem etimológica, passando pelas teorias que a definem, até chegar aos aspectos práticos. Toda posse apresenta dois elementos característicos, sendo o primeiro uma coisa (um bem, objeto, sentido jurídico do termo) e o segundo uma vontade exercida sobre a coisa e, a ausência de um deles, desconfigura a posse enquanto situação jurídica ou fática com efeitos jurídicos; desses dois elementos é que se extrai as duas mais expressivas teorias sobre a posse: a subjetiva e a objetiva (PEREIRA, 2017).

A primeira teoria, a subjetiva, cujo maior expoente foi o jurista Savigny, informa que para se definir a posse é necessário a união de dois elementos: o *corpus* ou elemento material e o *animus* ou elemento interior ou psíquico. O elemento material está ligado à faculdade real e imediata de dispor materialmente da coisa, incluído aqui a possibilidade de defendê-la das ações de terceiros, sendo que este elemento não é a coisa em si, mas o poder material sobre ela; já o elemento interior ou psíquico significa a intenção de possuir a coisa, não sendo a ideia de ser dono, mas efetivamente a vontade de possuir a coisa de forma privada – *anumus domini*. Assim, para a teoria subjetiva, a posse se caracteriza no momento em que o elemento material (poder físico sobre qualquer coisa) se une ao elemento interno de ter a coisa para si (intenção de ser dono) (PEREIRA, 2017).

Contraopondo-se à teoria subjetiva, tem-se a teoria objetiva, tendo como seu expoente o jurista Jhering, segundo a qual também se analisa os elementos *corpus* e *animus*, porém de maneira distinta: o elemento material se configura na relação exterior que se apresenta entre proprietário e coisa (aparência), sendo, pois, a conduta visível da pessoa em relação a sua coisa, o que, neste caso, retira a necessidade de exercício de poder presente sobre a coisa. Portanto, o elemento interior ou psíquico é caracterizado pela efetiva apresentação da pessoa como dona da coisa, sendo desnecessário a sua intenção, ou seja, ele é analisado sem que a vontade de ser dono da coisa seja o elemento caracterizador da posse (PEREIRA, 2017).

A posse, para Monteiro (2015) “constitui o sinal exterior da propriedade, é o *jus possidendi*, o direito de possuir, e pelo qual o proprietário, de modo geral, afirma seu poder sobre aquilo que lhe pertence”. Pereira (2017, p. 38) define a posse dizendo que ela “é relação de fato entre a pessoa e a

coisa, tendo em vista a utilização econômica desta. É a exteriorização da conduta de quem procede como normalmente age o dono. É a visibilidade do domínio”. Farias e Rosenvald (2017, p. 66) acrescentam o caráter socioeconômico à posse, pois não basta que se analisem os elementos material e psíquico para que se usufrua do direito de posse, sendo necessário que ela apresente uma função prática, a qual será observada no sentido de permanência, habitação, produção econômica sustentável, “enfim, a posse desperta para seus fins sociais, como exigência humana integradora e não de dominação e estratificação, apenas a serviço do direito de propriedade”.

Para a legislação brasileira, “adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade”, conforme o disposto no art. 1.204 do Código Civil, ou seja, a posse se efetiva quando o poder de fato e as faculdades de ingerência socioeconômicas se apresentam sobre um determinado bem. É importante destacar que a posse pode ser transmitida por atos entre vivos e também por força de herança, sendo que os sucessores (entre vivos ou por herança) recebem a posse com as mesmas características do antecessor. Ressalta-se que em 2020 a posse não é considerada como um caractere da propriedade, mas sim uma situação de fato autônoma, a qual deve ser interpretada levando-se em consideração o seu aspecto socioeconômico.

1.2 A PROPRIEDADE

Não se pretende analisar todas as concepções que a palavra “propriedade” possa apresentar, variando desde definições antropológicas à ideológicas, nem mesmo associar a ideia de liberdade, portanto, para os fins deste trabalho, a propriedade será tratada como o complexo de relações jurídicas que envolve a pessoa e os seus bens, neste caso, o bem imóvel (terra). Conceituar propriedade, mesmo na sua concepção jurídica, não é tarefa simples, portando, pode-se dizer, de forma genérica, que ela é “uma relação jurídica complexa formada entre o titular do bem e a coletividade de pessoas” (Farias e Rosenvald, 2017, p. 266). Propriedade, portanto, em sua concepção de direito, é a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e reivindicá-la de quem injustamente a detenha, tudo conforme expressa a lei, sendo considerada, inclusive, um direito fundamental de todo ser humano.

Sobre a aquisição da propriedade, o Código Civil disciplina, em seus artigos 1.238 a 1.259, que a propriedade se adquire das seguintes maneiras: 1. pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel; 2. pela acessão; 3. pela usucapião; 4. pelo direito hereditário (arts. 1.784 e seguintes).

O registro do título no cartório de registro de imóveis é o meio hábil para se adquirir o direito de propriedade, pois para o direito brasileiro, o contrato não gera a transferência do domínio, mas apenas cria obrigação de transferência de propriedade entre as partes. O registro do título no

competente cartório de registro de imóveis gera efeitos de publicidade (qualquer pessoa toma conhecimento das características do imóvel), legalidade (observância da legislação e dos requisitos do título), força probante (é a prova da propriedade) e matrícula (perpetua as relações de propriedade passadas sobre o imóvel).

Outra maneira de se adquirir a propriedade é por meio da acessão; sendo a acessão os acréscimos que se fazem ao imóvel do proprietário. A propriedade também pode ser organizada em condomínio, ou seja, mais de uma pessoa com a faculdade de usar, gozar, dispor da coisa e demais permissões atribuídas ao proprietário; várias são as espécies de condomínio estabelecidas na legislação brasileira, mas todas têm em comum a regra presente no artigo 1.314 do Código Civil: “Cada condômino pode usar da coisa conforme sua destinação, sobre ela exercer todos os direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro, defender a sua posse e alhear a respectiva parte ideal, ou gravá-la.”

O instituto do condomínio trazido pela legislação civil não se confunde com o regime de uso comum praticado pelas comunidades tradicionais, pois o condomínio civil é transitório e de caráter precário, o qual pode ser desfeito a qualquer momento por qualquer dos condôminos, já o regime dos comuns é um sistema de organização social que faz parte da estrutura da própria comunidade e não pode ser apropriado individualmente, além de se aplicar regras costumeiras construídas através de consensos entre os membros da comunidade.

Assim, os chamados direitos de vizinhança são o conjunto de regras impostas pelo estado com objetivo de permitir uma boa convivência social e são baseados em princípios como lealdade e boa-fé; das limitações trazidas pela legislação, somente aquelas que se aplicam à terra serão tratadas neste trabalho, pois muitos dos direitos de vizinhança são pensados especificamente no ambiente urbano (cidades).

A primeira regra que impõe limite ao uso da propriedade está disposta no art. 1.277 do Código Civil: “O proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”. Percebe-se que não somente às situações ilícitas são proibidas como também aquelas que representem o uso anormal da propriedade ou o seu mau uso, tendo como referência a função social da propriedade estabelecida na Constituição Federal.

1.3. DIREITO HEREDITÁRIO

O direito de herança é garantido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXX, o qual dispõe que é garantido o direito de herança, e as regras sucessórias (oriundas da morte) estão disciplinadas no código civil (arts. 1.784 a 1.856); para os fins desse trabalho, não serão

mencionadas as regras específicas da sucessão testamentária, porque não são aplicadas.

Lôbo (2018) define a sucessão hereditária como sendo a sucessão de bens aos herdeiros, legatários e Fazenda Pública (quando os herdeiros e legatários faltarem) ocorrida em decorrência da morte de uma pessoa e engloba todos os bens que o falecido possuía. Assim, a sucessão hereditária ou simplesmente herança, como é comumente conhecida, é a maneira pela qual a legislação brasileira estabeleceu para que o patrimônio de uma pessoa que morreu seja transferido para seus herdeiros (sucessores).

No direito brasileiro, a herança é transmitida aos herdeiros imediatamente após a morte do autor da herança, efeito que se chama abertura da sucessão e está previsto no art. 1.784 do Código Civil: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Essa regra de transmissão automática da herança aos herdeiros é proveniente da prática germânica definida no direito francês como *droit de saisine* e, desta forma, no direito brasileiro a herança, em nenhum momento, fica sem um titular (jacente), regra esta que é distinta da norma romana, a qual a herança quedava-se jacente até a aceitação pelos herdeiros (LÔBO, 2018).

Tartuce (2019), explica que se pode extrair do artigo 1.829 do Código Civil quatro classes de sucessores, sendo que, na primeira classe, estão os descendentes, sem limitação de graus, em concorrência com o cônjuge ou companheiro; na segunda classe estão os ascendentes, também sem limitação de graus, na terceira classe se encontram os cônjuges e os companheiros, isoladamente e, por fim, na quarta classe, estão os colaterais até o quarto grau.

A sucessão legal possui como fundamento a relação de parentesco estabelecida pela própria lei e a igualdade entre os sucessores dentro de uma mesma classe; o critério sucessório legal escolhido é o objetivo, pois é definido estritamente pela lei, suprimindo a vontade da pessoa³. Ressalta-se que entre os herdeiros se deve observar o direito de preferência para se adquirir a cota hereditária dos outros coerdeiros, tudo conforme o seguinte artigo do Código Civil: “Art. 1.794. O coerdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro coerdeiro a quiser, tanto por tanto”.

O artigo 1.851 do Código Civil estabelece a regra do direito de representação, a qual dispõe que serão chamados a suceder os descendentes do herdeiros já falecido em todos os direitos sucessórios, pois a sucessão acompanha a linha de parentesco na descendência; assim, um herdeiros já falecido será substituído pelo seus descendentes, os quais receberão a parte que lhe

³ Exceção feita a sucessão testamentária, a qual o testador pode dispor da metade do seu patrimônio, na hipótese de existirem herdeiros necessários (descendentes, ascendentes, cônjuge e companheiro).

caberia.

Por fim, o direito brasileiro ainda permite o que se chama de adiantamento de herança; que não mais é do que a doação do ascendente ao seu descendente ainda em vida, a qual gera uma obrigação para o donatário quando da morte do seu ascendente, obrigação esta que se chama colação e diz respeito a obrigatoriedade de informação ao demais herdeiros sobre o patrimônio recebido do autor da herança ainda em vida e, neste caso, será descontado da parcela que lhe tocar na herança.

2. DIREITOS COSTUMEIROS

A norma é elemento fundamental em qualquer sociedade humana, seja ela formal ou não; e ao longo do tempo a regra tende a mudar, sendo que algumas também passam por processos formais para mudança e outras são modificadas pelas próprias comunidades a que elas são aplicadas.

É sabido que o Direito estatal cumpre um papel bem definido em relação ao modelo econômico adotado pelo estado que o regulamenta, assim, com o desenvolvimento do sistema capitalista, um direito que criasse, protegesse e mantivesse as relações entre capital, forças produtivas e trabalhadores foi necessário (WOLKMER, 2001).

Com o fim do sistema feudal na Europa, o sistema capitalista foi gradativamente sendo implantado pelos estados, sistema este que, para ser hegemônico, precisa ser o único e, desta forma, as regras para a sua manutenção também devem ser únicas: um só sistema, um só Direito. Wolkmer (2001, p. 48) afirma que “o Direito moderno não só se releva como produção de uma dada formação social e econômica, como, principalmente, edifica-se na dinâmica da junção histórica entre a legalidade estatal e a centralização burocrática”. Dito isto, percebe-se que o projeto de estado moderno não aceita ou permite sistemas paralelos de poder e regulamentação, incluindo-se aqui, direitos que provém dos costumes de determinadas comunidades.

O Estado é identificado como a ordem jurídica e é indissociável dela, dito de outra maneira, o Estado é o Direito e, assim, não há espaço para que existam sistemas outros que não aquele posto e, assim, os direitos costumeiros das comunidades tradicionais são reconhecidos como marginais se observados pelo paradigma do estado moderno. Mesmo a se considerar o paradigma centralizador do estado, a propriedade privada não é o único regime sobre acesso à terra existente, muito pelo contrário, existem inúmeras outras práticas de exercício de direitos referentes ao uso, administração, herança sobre os diversos elementos naturais que fogem da lógica do individualismo e do direito de exclusão (RIBEIRO *et al*, 2005).

Os regimes de usos comuns dos bens naturais são observados em diversas regiões do país e

levam, em cada região, nomes distintos: chapada, fundo de pasto, gerais, solta, faxinal, pampa etc. (DIEGUES, 2005). Apesar de existirem na prática, os regimes comuns são, quase sempre, esquecidos pela legislação nacional e, por este motivo, seu exercício é conflituoso e gera tensão entre lei e costume – perda da posse, poluição ambiental, primazia de interesses econômicos, desapropriações etc.

Vale destacar que regime comum é aquele praticado pelos povos e comunidades tradicionais, assim definidos no art. 3º do Decreto n. 6.040/2007⁴, sendo que a origem destes regimes comuns é antiga e não é exclusividade do Brasil, tampouco possui um padrão de regras, pois cada povo estabelece a norma que mais se adéqua ao seu modo de vida.

Pela pesquisa realizada em três comunidades rurais do Vale do Jequitinhonha fica evidente que a experiência comunitária de um direito diferente do estatal, qual seja o direito costumeiro, é suficiente para a manutenção da coesão social e se mescla com o direito posto, convivendo em certa harmonia, o que demonstra uma tendência a mudança de paradigma.

Wolkmer (2001, p. 350) afirma que os processos sociais que levam a criação de regimes jurídicos paralelos e que fogem da centralidade do direito estatal são caracterizados por “deslocamentos, transformação e ruptura substancial com as formas tradicionais e centralizadoras de se fazer o “jurídico””.

O entendimento de terra pelas populações tradicionais utiliza de paradigmas que se diferem dos conceitos postos e impostos pelo governo brasileiro, principalmente se forem comparados com aqueles trazidos pelas legislações nacionais. Diegues (2005) afirma que no Brasil existem, pelo menos, duas categorias de populações tradicionais, sendo os povos indígenas e as populações tradicionais não indígenas, as quais possuem como característica principal a vivência em áreas rurais e, desta forma, dependem do mundo natural e seus ciclos produtivos e reprodutivos.

Além desta característica, Diegues (2005) afirma que a socialização familiar e de vizinhança exerce papel fundamental no modo de vida dessas populações e que o conhecimento sobre os ciclos da natureza e a forma de transmissão oral de conhecimento também são características definidoras desses povos.

⁴ Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

Diegues (2005) afirma que:

A noção de território é uma das mais importantes características que marcam esses grupos tradicionais. O território, ocupado durante gerações, não é definido somente pela extensão territorial e os recursos naturais nele existentes, mas também pelos símbolos que representam a ocupação de longa data, como os cemitérios, as roças antigas, os caminhos e também os mitos e lendas. Em algumas dessas comunidades existem formas de uso comum do território como aquelas existentes entre os faxinais do Paraná, caiçaras e pescadores artesanais.

As comunidades tradicionais possuem normas construídas ao longo do tempo e são, em sua maioria, normas que se originam dos costumes praticados, ou seja, são normas que possuem vigência e eficácia construída pela própria população local.

Os costumes são importante fator para a definição de conceitos e estabelecimento de regras nas comunidades tradicionais e, segundo Thompson (1998), devem ser interpretados de acordo com a percepção vulgar, porque os costumes em geral se desenvolvem, são produzidos e criados entre as pessoas comuns, sendo por isso chamados *vulgares consuetudines*. Thompson (1998) ainda informa que as bases para os costumes são uso em comum, tempo imemorial, antiguidade, constância, certeza e a razão e também que eles são locais.

Os costumes, em regra, não são tão exatos quanto as leis, pois dependem das renovações contínuas das tradições orais e, por isso, devem ser sempre reforçados. Raras são as exceções em que os costumes são bem definidos e possuem força de lei (THOMPSON, 1998). Por serem de origem comunitária, a experiência é a matriz criadora dos costumes e, desta forma, sempre que for necessário haverá a sua atualização ou modificação, pois eles são criados com objetivos claros no sentido de solucionar alguma questão apresentada.

Thompson (1998), chama a atenção para o fato de que as compilações e regulamentos dos costumes (quando ocorrem em algumas comunidades) não podem ser tomadas como o real exercício deles, principalmente aqueles que estão ligados à terra de uso comum, pois não é raro o fato de as compilações e regulamentações dos costumes ser realizada por aqueles que detém um maior poder de barganha social.

Verifica-se que o próprio costume, o qual é criado através de consensos sociais, está sujeito a deturpações que provém de regulamentações impostas pelas pessoas que detém o poder social e, desta feita, são modificados para atender a interesses individuais. A crítica de Thompson (1998) à possibilidade de fragilização dos costumes se dá justamente pelo fato de ser possível criar obstáculos à sua aplicação, principalmente se o interesse de alguém que possui o poder de

barganha social fosse de encontro com o costume.

Outra situação que se apresenta pela fragilidade dos costumes antes às formulações formais feitas pelos detentores do poder está associada à sua tendência de desaparecimento, principalmente aqueles ligados ao acesso à terra. Neste ponto, Polanyi (2000) afirma que os cercamento (*enclosures*) das terras que se originou no primeiro período Tudor na Inglaterra (século XIII) e a transformação de terra em mercadoria acelerou o processo de tendência de desaparecimento de sistemas de uso e gestão de terras e bens da natureza comuns.

A mercantilização de terras gera a cobiça por parte de grileiros e latifundiários sobre as áreas em que existem regimes de uso, gestão e acesso comuns e, portanto, ocorre a sua diminuição e risco de desaparecimento. Segundo Ferraro Júnior e Bursztyn (2010, p. 385) “os sistemas comunitários remanescentes estão normalmente associados a situações de fraca inclusão no mercado e à conservação dos biomas dos quais dependem.

Autores como Lima (1990) e Ferraro Júnior e Bursztyn (2010) explicam que os regimes de uso e gestão de terras e bens da natureza comuns se iniciaram junto ao primeiro regime de propriedade sobre as terras no Brasil (sesmarias). Destaca-se o direito costumeiro e o de posse, pois ambos formam a base das relações comuns que surgiram no país em contrapartida aos regimes agrários oficiais; representam a forma pela qual as pessoas se organizaram e formaram comunidades à margem do que era imposto pelo governo.

Foi a partir das décadas de 1970 e 1980, no sertão brasileiro, que a propriedade privada começou o conflito com os usos comuns, pois o cercamento de grandes áreas fez com que as comunidades que aplicavam direitos comuns ficassem isoladas. O latifúndio é a expressão máxima do sistema de exploração que foi instaurado no Brasil colonial e junto a monocultura de exportação e no trabalho escravo, definiram a função do país para a metrópole, qual seja, apenas um local de exploração e geração de lucros para o exterior (FERRARO JÚNIOR e BURSZTYN, 2010).

As terras públicas brasileiras nunca possuíram um controle de gestão e uso por parte dos governos, seja no período imperial, seja nos dias atuais; a ignorância, por parte da Coroa Portuguesa, da maioria de suas terras no Brasil, a abdicação do controle sobre elas mediante cessões de posse de imensas áreas em troca de contribuições anuais e o custo necessário (poder fiscal, judiciário e político) para administrar este sistema são exemplos deste descontrole (FERRARO JÚNIOR e BURSZTYN, 2010).

A abdicação portuguesa sobre o controle das terras brasileiras fez com que elas fossem apropriadas de qualquer forma por aqueles que detinham o poder e com isso o sentido econômico

de terras foi suplantando o sentido de trabalho, fato este que dificultou a manutenção das terras de uso comum.

3. ACESSO À TERRA EM COMUNIDADES RURAIS DO VALE DO JEQUITINHONHA, MG

Apesar de todo descontrolado e falta de legislação suficiente para regularizar a situação do acesso à terra no país, as experiências práticas e costumeiras são abundantes em todas as regiões do país. Os dados coletados nas entrevistas foram analisados e compilados no texto a seguir e representam a visão dos entrevistados sobre as questões que envolvem o acesso à terra em suas respectivas comunidades. Eles revelaram informações importantes sobre os aspectos sociais e as interações que as pessoas das comunidades pesquisadas possuem com situações que envolvem regras e a maneira próprias.

3.1. COMUNIDADE RURAL CAMPO BURITI EM TURMALINA, MG

Em Campo Buriti, as formas mais comuns de acesso à terra são os contratos de compra e venda e a herança, sendo a primeira realizada, na maioria das vezes, de forma escrita. Nesta comunidade, a compra e venda de terras, por mais que não haja o registro dos imóveis adquiridos na comunidade, existe uma relação de confiança entre os moradores, relação esta que faz com que o que foi combinado seja cumprido, fato este que confirma a informação de que os contratos de compra e venda são comuns – a garantia é a coesão social que existe.

O direito objeto dos contratos de compra e venda é a posse, pois como não é usual o registro das terras, ela é predominante entre os moradores da comunidade e, inclusive, a observância da função social é melhor constatada nestes contratos em comparação com os contratos com registro em cartório (direito de propriedade), pois a posse é vivenciada na prática (no trabalho da terra), já a propriedade é representada pelo próprio registro do documento (não há necessidade de vivência prática).

Os lotes da comunidade de Campo Buriti são padronizados em 12 metros por 30 metros, totalizando 360 metros quadrados de terreno e que alguns já possuem documentação de registro no cartório e, ainda, algumas pessoas adquirem o acesso à terra através de indenizações pelos serviços prestados ao empregador, sendo que o acerto pela prestação do serviço é feito com a transmissão de terras.

A divisão por herança é feita de acordo com o número de descendentes, porém, o tamanho das terras não acompanha uma divisão linear, pois a característica mais bem-vista do herdeiro é sua aptidão para o trabalho na terra. Os dados estão em consonância com o observado por Galizoni

(2002) quando ela afirma que a posse e o domínio das terras estão ligados ao uso e destinação delas e ambos são legitimados pelo trabalho que a família faz na terra.

A legislação nacional tem pouca ou nenhuma influência na transmissão das terras por herança, haja vista não ser cumprida na maioria dos seus requisitos, pois enquanto a lei estabelece o critério de igualdade absoluta pelo número de herdeiros, as pessoas da comunidade de Campo Buriti utilizam o critério trabalho para a divisão da terra, assim, a divisão da terra através da herança se dá de forma diferente daquela prevista pela lei.

Apesar de o trabalho ser fator para receber mais terras, esta questão não costuma gerar conflitos entre os herdeiros nesta comunidade; pois, de acordo com os relatos das entrevistas, todos compreendem e aceitam esta regra, inclusive, por menor que seja o terreno recebido, nenhum herdeiro fica sem receber uma parte, tudo conforme relatado nas entrevistas.

Sobre a divisão das terras através da herança, existem famílias que realizam ou organizam a partilha com os pais ainda vivos. Este costume também se difere do que preconiza a legislação civil, vez que, para a lei, qualquer forma de doação realizada entre o ascendente e seus descendentes configura o que se denomina adiantamento de herança e, no caso da lei, esta parte que já cedeu ao herdeiro em vida deve ser deduzida daquilo que ele vier a receber quando do falecimento do seu antecessor.

Em Campo Buriti não existe restrição quando à transferência de terrenos da comunidade para pessoas de outras localidades; tampouco existe um direito de preferência para os moradores locais e nem diferenciação no preço da venda; a regra social para a venda de terras na comunidade de Campo Buriti é “quando o dono tem pra vender, qualquer um de fora compra”. Percebe-se que, apesar de não existir nenhum óbice à alienação das terras para pessoas alheias à comunidade e à própria família, é costume que antes se encontre alguém de “dentro” para se formalizar esta transferência e, na sua ausência, é que se oferece para os de “fora”, tudo por força dos princípios de coesão social que existem na comunidade, ainda que, no caso de Campo Buriti, estes costumes tendam a ser suplantados pela lei – haja vista a sua urbanização crescente e maior presença dos órgãos do Estado.

A regra de que o acesso à terra é originalmente da pessoa que está no seu domínio, o qual, mesmo possuindo sucessores, pode cedê-la para quem quiser e, inclusive, a herança pode ser passada em vida e o direito de ceder a terra da forma que desejar passa ao herdeiro. Essa regra de transmissão de herança em vida somente é possível pelo fato de se associar o trabalho ao domínio da terra, assim, não foi observada nenhuma cessão de direitos hereditários sem que o elemento trabalho não estivesse presente, ou seja, a herança passada em vida somente ocorre quando o herdeiro dá

uma função social a terra que deseja herdar. Esta regra costumeira também não corresponde à regra legal da transmissão da herança, pois a regra legal do adiantamento da herança não é utilizada pelos moradores da comunidade de Campo Buriti, pelo menos não por aqueles que fazem uso, ainda, dos costumes e usos do lugar. Também se pode perceber que as regras de herança costumeiras são observadas até mesmo na ausência do herdeiro, pois mesmo que ele não resida próximo à terra que herdará ou que esteja afastado do ascendente por qualquer motivo, os outros herdeiros têm o dever de informá-lo do seu direito e garantir que ele receba a sua parte.

Em Campo Buriti foi observado que a preocupação com a aquisição da propriedade (registro) é mais presente do que nas outras comunidades rurais pesquisadas, principalmente pela maior influência do poder público e da aplicação da legislação nacional de maneira mais uniforme na comunidade; a lei começa a suplantar o costume local. Afinal esta é a comunidade rural que mais se aproxima do modo de vida urbano.

Sobre a existência ou não de algum terreno que fosse comum para a comunidade, ou seja, uma área que não estivesse sujeita ao domínio particular de alguém, foi informado que não existe nenhuma área com esta característica, entretanto nem sempre foi assim, pois no passado remoto existia o que se chama de área de chapada - área comum. Inclusive, o sentido de terra comum da chapada ultrapassava até mesmo o ambiente da comunidade, pois não estava atrelada a nenhuma comunidade em específico, podendo ser utilizada por qualquer pessoa ou comunidade.

As chapadas eram utilizadas para práticas comuns de coleta de frutos e flores, coleta de lenha, coleta de outras matérias da natureza, além de ser lugar de criação de animais no regime “à solta”, ou seja, os animais são criados livres na área de chapada, pois não há cercamento dela.

Ressalta-se que a utilização das terras comuns não se confunde com o instituto do direito denominado condomínio; este se refere à aplicação do direito de propriedade em conjunto por pessoas que são proprietárias de partes de um mesmo bem; já aquele diz respeito à utilização comunitária de terreno que não possui um proprietário ou possuidor privado (individualizado).

Essa informação corrobora o entendimento de que o direito nacional dá primazia para o direito de propriedade e não reconhece os direitos costumeiros exercidos pelas comunidades tradicionais e, tampouco, a ideia de terra comum no sentido observado no sistema grota/chapada.

É costume nesta comunidade rural, nas famílias em que os filhos têm interesse de continuar vivendo no terreno da família, que já seja realizada a separação de terras para que eles ali construam suas casas e iniciem a utilização da terra para seus fins particulares. Essas doações em vida, como dito antes, sempre possuem como fundamento a destinação da terra para algum tipo

de trabalho e, desta forma, a função socioeconômica do direito de posse aplicado à terra e continua a ser exercida pelos descendentes.

Os frutos da gestão do núcleo familiar são divididos entre todos os membros da família e, mesmo as áreas que já estão divididas entre os sucessores podem ser utilizadas em comum pelos outros membros da família, desde que haja comunicação prévia. Mais uma vez, não se trata de um condomínio, mas sim de um costume de uso do terreno que é possuído por outro membro da família e, por força dos princípios que mantêm a comunidade coesa, é permitida a sua utilização, pois o fundamento não é o domínio, mas o trabalho – a função socioeconômica que se dá à terra.

A sucessão costumeira se difere da sucessão legal pelo fato de não estar desatrelada da função socioeconômica, pois enquanto o costume exige que haja uma destinação de trabalho no terreno que se recebe, a lei não exige nenhuma atitude por parte do sucessor, basta estar contemplado no rol de sucessores estabelecido pela lei – não há necessidade de dar destinação socioeconômica, apesar das disposições legais em contrário.

3.2. COMUNIDADE RURAL MONTE ALEGRE – VEREDINHA, MG

O acesso à terra na comunidade de Monte Alegre se dá, na maioria dos casos, por herança ou por compra e venda, sendo que a herança segue a ordem hereditária familiar e a compra e venda segue as regras do mercado em relação aos valores praticados. Diferentemente do que preconiza a legislação nacional, na comunidade de Monte Alegre os direitos transmitidos via herança ou alienação são os de posse e não os de propriedade, pois os elementos sociais envolvidos nas transações são diferentes daqueles previstos pela lei, conforme se verificará adiante.

Inclusive, uma regra interessante sobre a herança pôde ser observada nesta comunidade, pois um dos entrevistados não era filho da pessoa que recebeu suas terras e, neste caso, mesmo não sendo herdeiro de primeira ordem, recebeu a terra por ter sido criado pela sua tia. Aqui se observa que o fundamento para ser herdeiro não é o mesmo trazido pela legislação nacional, ou seja, a situação de fato (o exercício de fato) é o que fundamenta a condição do sucessor; no caso em estudo, o sobrinho herdou diretamente da tia, pelo fato de ser “de fato” criado por ela e, assim, cumpriu uma espécie de função social de filho e, portanto, é reconhecido pelos outros familiares como sucessor. A se considerar a legislação nacional, certamente a situação exposta não prevaleceria, pois não é o exercício de fato que define o herdeiro, mas sim a ordem de vocação hereditária trazida pela lei; exceção feita caso houvesse a adoção, pois o direito permite a adoção de sobrinho pelo tio.

Também se observou a aquisição de terras através do casamento dos habitantes, pois com a união das pessoas ocorre a incorporação da terra ao domínio do esposo ou da esposa.

Estas duas regras costumeiras deixam claro que o sentido que se dá ao herdeiro não é o mesmo que a lei utiliza, pois, para a lei, a relação consanguínea (ou pela adoção) é suficiente para fins de transmissão de patrimônio, já na comunidade de Monte Alegre, o exercício de fato da relação de parentesco produz o direito de herança – daí a possibilidade de um sobrinho ser tratado de maneira igual à um filho. Essas relações também foram observadas por Woortman (2018, p. 32).

A outra regra diz respeito à união entre duas pessoas pelo casamento, neste caso a situação de fato cria regra diferente da estabelecida pela lei, pois, pelas regras postas no Código Civil⁵, a herança não faz parte dos bens comuns do casal no regime da comunhão parcial (regime este que é o estabelecido legalmente) e no caso observado na comunidade, a herança de uma pessoa integra os bens comuns.

Mais uma vez é possível verificar que o exercício de fato e a função socioeconômica que se dá à terra é suficiente para se deferir o direito de posse, diferente daquilo que a lei preconiza, e, inclusive, o casamento gera um vínculo que é superior ao vínculo de parentesco trazido pela legislação, pois não há, conforme observado na prática, exclusão de bens para fora da comunhão, pois o exercício é o que gera o direito costumeiro.

Em Monte Alegre foi observado um caso de planejamento sucessório realizado ainda em vida pelo autor da herança, sendo que na situação observada uma mulher ficou viúva e, portanto, recebeu o domínio das terras do marido, após este fato, ela repartiu a terra entre os seus filhos, realizando uma doação.

Ressalta-se que sempre foi observado a noção de trabalho que é muito importante para definição do domínio sobre a terra nesta comunidade, haja vista o exemplo narrado pelos entrevistados de uma viúva que, quando veio a falecer, nenhum dos seus herdeiros reclamou as suas terras, pois não trabalham nela; assim, a terra está abandonada desde o falecimento da viúva e nenhum dos seus herdeiros apareceu para reclamar as terras. Esta situação corrobora o quão importante é a relação do trabalho com a terra para o deferimento de direitos sobre ela, inclusive a terra sem trabalho não cumpre a sua função social e tampouco os costumes do lugar e ficará assim até que alguém exerça o trabalho sobre ela.

A herança é dividida de maneira costumeira entre os próprios herdeiros e, em alguns casos, o

⁵ Art. 1.659. Excluem-se da comunhão:

I - os bens que cada cônjuge possuir ao casar, e os que lhe sobrevierem, na constância do casamento, por doação ou sucessão, e os sub-rogados em seu lugar;

sindicato dos trabalhadores rurais é chamado para servir de testemunha da divisão e, também, redige por escrito o acordo que foi feito pelos herdeiros. Percebe-se, ainda, que existe uma iniciativa das pessoas da comunidade para adequar os seus domínios de terra à legislação nacional, no caso o registro delas no cartório competente e, inclusive, a presença dos sindicatos e a redação por escrito dos acordos são indicativos de que esta situação tende a se tornar comum na comunidade.

Um dos obstáculos para a o registro do domínio das terras é o valor para se registrá-las, pois muitas vezes o título do domínio se encontra em nome de um ascendente muito distante e para que se faça o registro é necessário resolver todas as pendências burocráticas até que se chegue ao atual possuidor.

Sobre a atuação do sindicato, ressalta-se que ele somente participa das divisões quando há acordo entre os herdeiros ou todos aceitam a submissão da divisão a um terceiro e tudo é feito conforme manda o costume local; sendo que a escolha das partes da herança se dá através de sorteio – tudo testemunhado pelas partes e pelos terceiros (v.g. sindicato). Não é toda vez que o sindicato atua nas divisões de heranças, pois o comum é que as próprias famílias cheguem a um acordo sobre a partilha, sendo tudo muito bem conversado entre os herdeiros e, desta forma, não resta nenhuma dúvida ou motivo para questionamento.

Na comunidade de Campo Alegre, o acesso as terras pelas pessoas de fora da comunidade se dão praticamente sem nenhuma restrição e é comum que a compra e venda seja utilizada para esta finalidade. É comum, ainda, que antes de oferecer a terra para pessoas de fora da comunidade primeiro as ofereça para os vizinhos, os quais têm a opção de comprá-las e, em não o fazendo, as pessoas de fora da comunidade podem compra-las. Situação parecida com o direito de preferência estabelecido pela legislação nacional, porém, aqui o fundamento está ligado ao pertencimento à comunidade e a obediência aos seus costumes, os quais condicionam os moradores a conversar com seus vizinhos antes da realização das negociações, inclusive com membros da própria família.

Outro assunto abordado nas entrevistas foi o que diz respeito as terras comunitárias (de uso e gozo de todos) e, por unanimidade, os entrevistados relataram, com pesar, a ausência delas, pois as terras comuns eram aquelas das chapadas; chapadas que agora estão sob o domínio das empresas particulares, as quais proíbem o seu acesso e exercem a atividade de plantio da monocultura do eucalipto. Mais uma vez, não se confunde a terra comunitária com o condomínio civil, pois as chapadas não estava ligadas ao domínio privado de uma pessoa, mas sim eram terras de acesso e uso comum – inclusive não havia nenhum ato de gestão por parte dos seus usuários, pois as terras eram deixadas ao “arbítrio” da natureza.

As chapadas próximas à comunidade de Monte Alegre eram utilizadas para a criação de animais

no regime de solta, para coleta de lenha, frutos e demais itens naturais e, principalmente, era o lugar onde a água era abundante – era repleta de veredas, nascentes, córregos e poços, onde os moradores pescavam a vontade.

Com a tomada do domínio das chapadas pelas empresas privadas, toda esta situação se modificou, pois o acesso foi proibido e, com o desmatamento para o plantio de monoculturas (principalmente o eucalipto), as grotas perderam a sua fonte principal de água e, com isso, a escassez hídrica começou a fazer parte da vida do moradores de Monte Alegre.

Outro inconveniente criado pela apropriação das chapadas pelas empresas privadas de exploração de monocultura de eucalipto é o que os moradores de Monte Alegre chamam de encurralamento; com a proibição de acesso às chapadas, os moradores ficam livres apenas para transitar nas grotas, ou seja, estão confinados há um só espaço, sem possibilidade de expansão.

O sentido de terra comum para os moradores de Monte Alegre é bem amplo, pois, quando as chapadas eram acessíveis, quaisquer pessoas poderiam fazer o uso e gozo dos bens da natureza que ali estivessem à disposição, não interessando se fossem moradores da comunidade ou não; inclusive não havia nenhuma cerca ou outro tipo de limitação ao acesso.

A transmissão do domínio também pode se dar pelo trabalho na terra. O exercício do costume de permitir que outras pessoas trabalhem em terras de domínio de outros e até mesmo fixe residência nelas tem diminuído, pois as pessoas da comunidade, agora sem acesso às chapadas, têm um terreno muito limitado e, como o trabalho é fonte geradora de domínio sobre a terra, não é mais prudente esta prática, pois há o receio de que o domínio seja perdido e o terreno disponível fique menor ainda ou que um acerto trabalhista aconteça.

Este fato comprova a importância da função socioeconômica que se dá ao direito de posse, pois é através do exercício de fato da posse que os direitos consuetudinários sobre a terra têm sua origem na comunidade de Monte Alegre.

3.3. COMUNIDADE RURAL TERRA CAVADA - MINAS NOVAS, MG

O primeiro assunto tratado na entrevista foi sobre as formas de se obter acesso à terra na comunidade e, semelhante ao que acontece nas outras comunidades pesquisadas, o acesso se dá, em grande parte, através de herança e contratos de compra e venda. Interessante ressaltar que o trabalho também é critério de acesso à terra na comunidade, vez que é possível ceder a posse das terras para os herdeiros que desejam trabalhar nelas e, assim, já adiantar o processo sucessório, inclusive com concordância dos demais herdeiros. Além disso, é muito comum que o acesso à

terra na comunidade seja transmitido pelos contratos de compra e venda, os quais se dão entre pessoas da própria comunidade e entre pessoas de fora da comunidade. Caso a terra a ser vendida esteja localizada em um lugar que fará divisa com a terra de alguém da comunidade, é comum que o vendedor ofereça primeiro para o vizinho, sendo esta situação um costume, o qual gera obrigações entre os vizinhos.

Das comunidades pesquisada, Terra Cavada é a que mais ficou salientada a questão da coesão comunitária e, com isso, as regras consuetudinárias que se aplicam à terra são mais eficazes das que a das outras localidades, por exemplo, a regra citada acima, a qual os vizinhos têm o dever de primeiro oferecer a terra às pessoas da comunidade para, após, buscar as pessoas de outras localidades.

Em relação à herança, especificamente sobre o seu planejamento, os entrevistados informaram que a regra é permitir que cada herdeiro que queira trabalhar em uma parte da terra já pode tomar posse dela e, futuramente, ela já será a sua parte na herança. Inclusive, a preocupação dos entrevistados é evidente quanto a quem os irá substituir na posse e trabalho nas terras e esta situação os faz pensar muito sobre o assunto e deixar os seus filhos bem livres para tomar posse daquilo que será deles no futuro.

A herança é vista como direito e como forma de manutenção da comunidade, daí a necessidade e interesse dos antecessores em permitir que os seus sucessores já iniciem o trabalho na terra que um dia será definitivamente sua e, assim como em outras comunidades, a herança não é deferida de maneira igual para cada um dos sucessores, mas tendo como parâmetro o trabalho efetivamente realizado na terra.

Outro assunto abordado sobre a questão das terras foi sobre a existência de terras em comum na comunidade, mas, por unanimidade, foi respondido que hoje não existe mais; antigamente existiam as chapadas, terras livres de posse e que eram utilizadas por todos para atividades de criação de animais no regime de solta e para a coleta de frutos e demais itens da natureza.

O cercamento das chapadas se deu pelas empresas de exploração da monocultura de eucalipto e, com isto, impossibilitou que os residentes da comunidade de Terra Cavada acessassem as terras comunitárias e realizassem as atividades produtivas que eram realizadas nas chapadas.

Os filhos também fazem parte da rotina de atividades no terreno familiar; os que moram com os pais realizam as atividades compatíveis com a sua idade e aqueles que não residem com os pais podem separar para si uma parcela do terreno para realizar a sua própria atividade.

Inclusive, quando ocorre a separação do terreno por um filho que já não reside com os pais, a parte do terreno separada já fará parte da herança a ser recebida; na comunidade de Terra Cavada, é motivo de orgulho e felicidade quando um filho decide separar uma parte do terreno e exercer a atividade produtiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito nacional é regra abstrata e genérica e se aplica, indistintamente, a todas as situações, já o direito costumeiro é criado no local e se aplica com fundamento no consenso da comunidade, sendo específico para cada situação. No decorrer da pesquisa, pode-se perceber que quanto mais coesão e união social existir, mais eficaz e presente será o direito costumeiro, porém, processos de urbanização e a maior presença de programas e políticas estatais tendem a suplantam a aplicação de direitos costumeiros. Observou-se com a pesquisa que não só a propriedade é forma de acesso à terra no país, pois as posses e as terras comuns (regimes comuns) também fazem parte do sistema social brasileiro, inclusive, apesar de a legislação nacional preconizar um sistema (propriedade privada) o que se verificou com a pesquisa de campo foi a existência de normas consuetudinárias que estabelecem sistemas mistos, os quais o privado e o comum podem se harmonizar.

Enquanto o direito estatal estabelece que é o registro em cartório de imóveis que defere a característica de dono à um terreno, são o trabalho e a posse os elementos fundamentais que caracterizam o “ser dono” nos direitos costumeiros. O que se observou nas entrevistas nas comunidades é que o fundamento para o domínio de um terreno é bem diferente daquele preconizado pela lei (registro), pois, para eles, é o exercício de fato que defere direitos, ou seja, o efetivo trabalho no terreno é que faz com que os direitos sejam aplicados.

Ainda, os contratos são muito utilizados para a transmissão de direitos e, neste ponto, parece que houve um acréscimo em relação às pesquisas passadas, pois elas preconizavam que a herança era a forma mais usual de acesso à terra, mas o que se observou na pesquisa de campo é que herança em conjunto com alienações são as formas mais comuns de acesso. Os contratos são, em sua maioria, escritos e observam a função social de maneira muito mais clara em comparação com os contratos que são registrados em cartório, pois, enquanto os contratos realizados seguindo a regra de registro da propriedade se aperfeiçoam simplesmente com o registro, os contratos celebrados nas comunidades pesquisadas se aperfeiçoam com o efetivo trabalho na terra.

Quanto a transmissão de terras por herança, pode-se observar uma maior diferenciação entre a legislação nacional e os direitos costumeiros aplicados nas comunidades pesquisadas, pois os costumes em quase nada se assemelham ao que dispõe a lei. Dito isto, percebe-se que a herança,

para as pessoas das comunidades pesquisadas, não é vista apenas como um direito, mas como uma estratégia de manutenção da própria comunidade e, por estar atrelada à função social (trabalho e posse) pode ser transmitida sem os rigores preconizados pela legislação nacional.

Terras comuns e condomínios são situações bem distintas quando comparadas na visão da lei e dos costumes, pois por terra comum se entendem aquelas que são de uso comum e não podem ser apropriadas individualmente e por condomínio a terra que é compartilhada por vários proprietários, sendo que cada um possui uma parte delas. Este, talvez, seja o ponto desta pesquisa que possua maior distinção entre a lei e os direitos costumeiros, pois não há terra comum quando pensada sob o aspecto da propriedade (legislação) e não há condomínio quando visto do aspecto dos costumes.

REFERÊNCIAS

DIEGUES, Antônio Carlos Sant'Ana. Aspectos sócio-culturais e políticos do uso da água: Plano Nacional de Recursos Hídrico MMA. São Paulo: NUPAUB-USP, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: direitos reais I Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald - 13. ed. rev. e ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodlvm, 2017.

FERRARO JUNIOR, Luiz Antonio; BURSZTYN, Marcel. Das sesmarias à resistência ao cercamento: razões históricas dos Fundos de Pasto. Cad. CRH, Salvador, v. 23, n. 59, p.385-400, Aug. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792010000200012&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 de julho de 2019.

GALIZONI, Flávia Maria. Terra, ambiente e herança no alto do Jequitinhonha, Minas Gerais. Rev. Econ. Sociol. Rural, Brasília, v. 40, n. 3, p. 561-580, 2002. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032002000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

LÔBO, Paulo. Direito civil: sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MONTEIRO, Washington de Barros Curso de direito civil, vol. 3 : direito das coisas / Washington de Barros Monteiro, Carlos Alberto Dabus Maluf. — 44. ed. — São Paulo : Saraiva, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de direito civil – Vol. IV / Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. – 25. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

POLANYI, Karl. A grande transformação: as origens de nossa época. trad. Fanny Wrabel. - 2. ed.- Rio de Janeiro: Campus, 2000.

RIBEIRO, Eduardo Magalhães, GALIZONI, Flávia Maria, CALIXTO, Juliana Sena, ASSIS, Thiago de Paula, AYRES, Eduardo Barbosa, SILVESTRE, Luiz Henrique. Gestão, uso e conservação de recursos naturais em comunidades rurais do alto Jequitinhonha. Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais. V. 7, N. 2, nov 2005.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: direito das sucessões. v. 6. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THOMPSON, Edward Palmer. Costumes em comum. São Paulo: Cia. das Letras, 1998.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOORTMANN, Klaas. “Com parente não se negueia”: O campesinato como ordem moral. Anuário Antropológico, v. 12, n. 1, p. 11-73, 26 jan. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6389/7649>>. Acesso em 15 de outubro de 2019.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIS: a (in)constitucionalidade da reincidência frente à coerência do sistema penal e sua função social

Diego Coelho Antunes Ribeiro¹

RESUMO: O controle de constitucionalidade das normas penais requer uma apreciação mais cuidadosa, considerando que tais matérias atingem o direito à liberdade de locomoção. Assim, o papel dos órgãos jurisdicionais de proteção da Constituição é de ser vigilante da atuação legislativa em um contexto de proporcionalidade, é dizer, quanto maior for a atividade legislativa no campo de restrição à liberdade de locomoção, mais firme deve ser a aferição de (in)constitucionalidade. O trabalho busca apresentar os níveis de intensidade do controle de constitucionalidade das normas penais e, a partir disso, discutir a (in)constitucionalidade do instituto da reincidência no campo do direito penal.

Palavras-chave: Reincidência; Inconstitucionalidade; Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The control of the constitutionality of criminal rules requires a more careful assessment, considering that such matters affect the right to freedom of movement. Thus, the role of the constitutional protection jurisdictional bodies is to be vigilant of legislative action in a context of proportionality, that is to say, the greater the legislative activity in the field of restriction of freedom of movement, the firmer the measurement of (un)constitutionality. The work seeks to present the levels of intensity of the constitutionality control of criminal norms, and from that to present the (in) constitutionality of the recidivism institute in the field of criminal law.

Keywords: recidivism; Unconstitutionality; Constitutionality control.

INTRODUÇÃO

O sistema penal é o instrumento mais aflitivo que o Estado se utiliza para delimitar comportamentos e disciplinar a vida em sociedade. Considerando que esse sistema restritivo atinge o direito fundamental à liberdade de locomoção, toda e qualquer atuação legiferante para seu controle deve ser pautada necessariamente nos parâmetros constitucionais de legalidade, razoabilidade e proporcionalidade.

Todas as vezes que o Estado atua de maneira desarrazoada e/ou desproporcional – não apenas no campo de direito de locomoção, mas também em face de todos os outros direitos fundamentais-,

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFF - Universidade Federal Fluminense. Pós Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estácio de Sá. Professor Universitário. Advogado

incumbe ao poder judiciário delimitar essa atuação. Assim, a difícil tarefa de manutenção da paz e do equilíbrio social traçando restrições deve ser feita através da teoria constitucional do delito, ou seja, nos moldes e parâmetros delineados no texto constitucional.

Em sede de matérias penais, o controle de constitucionalidade é mais rígido porque o objeto de controle – lei ou ato normativo que ofende a Constituição – também o é, necessitando assim de maiores garantias. Diferentemente do controle de constitucionalidade de normas não penais, essa análise de (in)constitucionalidade se desenvolve de maneira bem peculiar, analisando-se os graus de intensidade dessas normas.

Os níveis/graus de intensidade do controle de constitucionalidade das normas penais foram desenvolvidos na Alemanha na conhecida decisão (*Urteil*) *Mitbestimmungsgesetz*, de 1º de março de 1979 e são: controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*). Assim, a aferição de inconstitucionalidade de normas penais deve ser realizado com extrema prudência para não interferir indevidamente na atividade legiferante, mas ao mesmo tempo, não legitimar e validar atuações legislativas inidôneas que acabem por se desvirtuar na necessária e razoável proteção de bens jurídicos.

PROCESSO DE CRIMINALIZAÇÃO E A TEORIA CONSTITUCIONAL DO DELITO

O direito penal é um instrumento estatal que busca proteger e tutelar os bens jurídicos de necessária preservação à vida em sociedade, ou seja, não se tutela penalmente o que é bom e moral, mas o que é necessário e proporcional, daí porque não se criminaliza o incesto ou o adultério, apesar de serem moralmente reprováveis.

O direito penal é o setor ou parcela do ordenamento jurídico público que estabelece as ações ou omissões delitivas, cominando-lhes determinadas consequências jurídicas – penas ou medidas de segurança (conceito formal). [...] De outro lado, refere-se também a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social, que afetam gravemente bens jurídicos indispensáveis à sua própria conservação e progresso (conceito material). (PRADO, 2018, p. 38)

Nesse contexto, podem-se apresentar as duas principais funções do direito penal: a função de tutela de proteção de bens jurídicos essenciais e a função garantidora de direitos fundamentais.

A primeira função – tutela indispensável de proteção de bens jurídicos essenciais – é a finalidade de resguardar não todos os bens jurídicos, mas apenas os essenciais, sem os quais, não se pode falar em tranquilidade, paz e ordem social.

Não se pode conceber a tutela de bens jurídicos que não sejam albergados, ainda que indiretamente, pela Constituição, já que nela estão representados – ao menos em tese – os valores que imperam na sociedade. (ARAÚJO, 2009, p. 301-302).

Tendo em vista o nosso Estado Social Democrático de Direito, a preocupação do direito penal não é a de reprovar toda e qualquer conduta execrável, mas sim de punir apenas aqueles comportamentos intoleráveis e sórdidos violadores de bens jurídicos que não podem ser protegidos por outros instrumentos não penais.

O direito penal que brota do Estado social e democrático de direito é aquele que se reduz ao mínimo o exercício do poder de punir, como garantia individual intransponível. Ao mesmo tempo, protege apenas os bens mais valiosos da comunidade, vinculados diretamente ao cidadão, evitando o exercício de violência fora do direito. As consequências desse direito penal democrático podem ser analisadas tanto na dogmática penal, na teoria da pena e inclusive no processo penal. (ZILIO, 2011, p. 105)

Um Estado que se intitule “democrático de direito” deve agir pautado em dois grandes nortes irrenunciáveis, quais sejam, na atuação penal minimalista, bem como na efetivação de direitos fundamentais. Toda e qualquer atuação em contramão se desvirtua para um Estado essencialmente autoritário e despótico (RIBEIRO, 2019, p. 4)

O exercício do poder punitivo estatal, quando se vale do direito penal, exerce uma função de limitar a atuação individual de cada indivíduo no meio social, desde que esse ato individual, venha a causar lesão ou, ao menos, expor a risco concreto de lesão a um determinado bem jurídico.

O direito penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens (princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos), o que concede ao direito penal um caráter fragmentário (BIANCHINI, 2002. p. 28-29).

A segunda função – garantidora de direitos fundamentais – está umbilicalmente ligada à estrita legalidade e à dignidade humana, reconhecendo que, no exercício legiferante, a conduta incriminadora deve ser feita com limites constitucionalmente exarados no texto constitucional e nos tratados e convenções internacionais.

De todo o modo, as normas penais dependem da aferição de adequação, necessidade e proporcionalidade constitucional, considerando que a dogmática penal reconhece a atuação de

definição de bens jurídicos como um direito fundamental – Teoria constitucional do delito -.

A constituição pode se apresentar sob diversos aspectos: (i) como limite material ao direito penal, estabelecendo proibições de incriminação; (ii) como fonte exclusiva do direito penal, (iii) como fundamento normativo do direito penal, estabelecendo, ou não, obrigações de tutela penal. (FELDENS, 2005, p. 38-68).

Pela teoria constitucional do delito, a definição de crime e a cominação de pena deve ser feita através dos postulados previstos na Constituição Federal, por ela se tratar de marco fundamental de todo o ordenamento, manifestando-se normativamente em todos os ramos do Direito. Nesse viés, o direito penal deve atuar na proteção de bens jurídicos essenciais previstos na Lei Fundamental.

A relação entre a Constituição e o subsistema penal é tão estreita que o bem jurídico-penal tem no texto constitucional suas raízes materiais. É fundamental, inclusive para a salvaguarda dos direitos fundamentais, para que a interpretação e aplicação da lei penal sejam feitas sempre conforme a Constituição e os ditames do Estado Democrático de Direito. (NAUCKE *apud* PRADO, 2018, P.41-42).

Se por um lado há a necessidade de criminalizar comportamentos em proteção da sociedade, por outro, há de se perquirir se, ao criminalizar há proporção na medida, como por exemplo na incriminação de condutas que não tutelam bens jurídicos indispensáveis ou até mesmo na cominação de penas desproporcionais.

O direito penal de um Estado de direito, por conseguinte, não pode deixar de esforçar-se em manter e aperfeiçoar as garantias dos cidadãos como limites redutores das pulsões do Estado de polícia, sob pena de perder sua essência e seu conteúdo. Agindo de outro modo, passaria a liberar poder punitivo irresponsavelmente e contribuiria para aniquilar o Estado de direito, isto é, se erigiria em ramificação cancerosa do direito do Estado de direito (ZAFFARONI, 2007, p. 173).

Em suma, por questões de política criminal, o Estado não só pode, mas deve definir quais comportamentos são intoleráveis, sob a ameaça de uma sanção. Não obstante, essa definição deve ser clara, razoável e determinada, sob pena de se afastar das próprias funções que legitimam o direito penal. Assim, o Estado está compelido a garantir os direitos dos indivíduos na vida em sociedade e também a garantir os direitos em face de eventuais ofensas de terceiros.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS PENAIIS

O Controle de Constitucionalidade é um processo de aferição de (in)compatibilidade de um ato infraconstitucional com a Constituição. É dizer, o controle de constitucionalidade busca fazer uma análise de compatibilidade, validade e adequação entre leis ou atos normativos frente a

Constituição Federal.

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas sim uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto de conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental-pressuposta. A norma fundamental-hipotética, nestes termos é portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (KELSEN, 1987, p. 240)

Assim, há uma hierarquização e dicotomia das normas: norma superior fundante (Constituição) x norma inferior fundada (Leis e atos normativos). Diante desse complexo de normas, é, o Controle de Constitucionalidade que assegura a força normativa e efetividade do texto constitucional, procurando aferir essa compatibilidade vertical das normas com a Constituição.

A par da inobservância da(s) função(ões) do direito penal, cabe ao judiciário a análise de sua inconstitucionalidade, ou seja, caso haja violação a uma norma constitucional, ela deve deixar de produzir efeitos.

A sanção de inconstitucionalidade visa, portanto, preservar a saúde da Constituição, combatendo os vícios que inquinam o comportamento dos órgãos públicos e dos particulares, conspurcando a substância e a forma dos preceitos constitucionais (BULOS, 2011, p. 162).

[...] A Constituição Federal da República do Brasil estabelece diretrizes de política criminal a serem, necessariamente, seguidas quando da edição de leis penais no exercício da atividade legiferante. Com base em tal premissa, o legislador não é dotado de absoluta liberdade na eleição das condutas que serão alvo de incriminação e nem, tampouco, na escolha dos bens jurídicos que serão objeto de proteção penal. Em decorrência, também não pode o Poder Legislativo deliberar sobre a descriminalização de normas protetivas de bens jurídicos com manifesta dignidade constitucional (SARLET, 2008, p. 12).

Para tanto, a atuação desarrazoada e/ou desproporcional do legislador em criar normas penais leva ao judiciário realizar a aferição de sua inconstitucionalidade, de acordo com a maior ou menor lesão a um direito fundamental através dos níveis/ graus de intensidade - controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

O controle de evidência (*Evidenzkontrolle*) é o primeiro nível de inconstitucionalidade das normas penais e parte da premissa de que a declaração de inconstitucionalidade sobre a norma somente se dá quando a mesma for manifestamente insuficiente e inidônea na proteção do bem jurídico.

É dizer, para se evitar um ativismo judicial inadequado, reconhece ao legislador um amplo contorno de verificação quanto aos mecanismos de proteção do bem jurídico, de modo que a inconstitucionalidade apenas se impera quando torna-se evidente que a referida medida editada pelo legislador é reconhecidamente ineficaz na proteção do bem jurídico.

Essa orientação pode ser encontrada inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

[...] Assim, um controle de evidência em matéria penal será exercido pelo Tribunal com observância da ampla margem de avaliação, valoração e conformação conferida constitucionalmente ao legislador quanto à adoção das medidas mais adequadas para a proteção do bem jurídico penal. Uma eventual declaração de inconstitucionalidade deve basear-se na patente inidoneidade das medidas escolhidas pelo legislador para os objetivos perseguidos pela política criminal. (HABEAS CORPUS 102.087 Minas Gerais. Relator redator do acórdão Min. Gilmar Mendes – 2ª Turma. Julgado em 15.03.2011).

Nesse sentido, o objetivo controle de evidência é evitar uma lesão a direitos fundamentais que clara e equivocadamente são incriminadas pelo legislador sob uma pseudo proteção de bens jurídicos.

O segundo nível - controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) - ocorre quando se verificar que a norma editada foi elaborada sem a análise razoável das fontes de conhecimento disponíveis, ou seja, sem levar em conta as informações e pesquisas acadêmicas acerca da referida lei.

Essa orientação também pode ser encontrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

No segundo nível, o controle de sustentabilidade ou de justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*) está orientado a verificar se a decisão legislativa foi tomada após uma apreciação objetiva e justificável de todas as fontes de conhecimento disponíveis no momento da promulgação da lei. [...] Nesse segundo nível, portanto, o controle de constitucionalidade estende-se à questão de se o legislador levantou e considerou diligente e suficientemente todas as informações disponíveis e se realizou prognósticos sobre as consequências da aplicação da norma, enfim, se o legislador valeu-se de sua margem de ação de “maneira sustentável” (HABEAS CORPUS 102.087 Minas Gerais. Relator redator do acórdão Min. Gilmar Mendes – 2ª Turma. Julgado em 15.03.2011).

É dizer, no controle de justificabilidade deve o Tribunal, ao analisar a (in)constitucionalidade da norma, inteirar-se dos diagnósticos e prognósticos feitos pelo legislador na elaboração da norma para verificar se o mesmo se valeu de ação de maneira sustentável e justificada.

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) é, em verdade, uma aferição de (des)proporcionalidade constitucional, ou seja, há um exame da norma para verificar se a mesma é realmente necessária, do ponto de vista da Constituição, sendo o controle mais rígido, já que se avalia a ponderação de bens e valores feita pelo legislador.

Assim, há uma aplicação do princípio da proporcionalidade em suas ambas variantes, como proibição de excesso (*Übermassverbot*) e como proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*).

A proporcionalidade surge vinculada à concepção de limitação do poder estatal, tendo em vista a tutela dos interesses individuais. Sendo certo que ao Estado cabe proceder à limitação destes interesses individuais, de molde a atender ao interesse público, a proporcionalidade aparece como medida de atuação do Estado; assim, o agir estatal há de ser proporcional, proporcionalidade esta que deve ser observada entre os meios a serem empregados e os fins a serem alcançados. Sob a égide destas constatações, deve-se aferir, no caso concreto, a pertinência de se limitar excessivamente determinados direitos, com vistas à proteção de outros. Exemplificando, e já transplantando a noção para a esfera do direito penal, há de se valorar a pertinência de tolher o direito de liberdade dos indivíduos (com a adoção da pena privativa de liberdade, ainda a espinha dorsal do nosso sistema punitivo) com vistas à tutela de direitos outros, quando a lesão perpetrada seja de somenos relevância. (ARAÚJO, 2009, p.19)

Segundo orientação do Supremo Tribunal Federal:

No terceiro nível, o controle material intensivo (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*) aplica-se às intervenções legislativas que, por afetarem intensamente bens jurídicos de extraordinária importância, como a vida e a liberdade individual, devem ser submetidas a um controle mais rígido por parte do Tribunal, com base no princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Assim, quando esteja evidente a grave afetação de bens jurídicos fundamentais de suma relevância, poderá o Tribunal desconsiderar as avaliações e valorações fáticas realizadas pelo legislador para então fiscalizar se a intervenção no direito fundamental em causa está devidamente justificada por razões de extraordinária importância. (HABEAS CORPUS 102.087 Minas Gerais. Relator redator do acórdão Min. Gilmar Mendes – 2ª Turma. Julgado em 15.03.2011).

A aferição da proporcionalidade é feita de acordo com uma análise tridimensional. Assim, para se aferir a (des)proporcionalidade da norma e verificar se o meio empregado se amolda ao fim desejado, há que se analisar o juízo de adequação (ou idoneidade), de necessidade (exigibilidade) e de proporcionalidade em sentido estrito da medida.

O princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos

quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação do excesso); c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido estrito) (BARROSO, 2018, p. 168).

No campo do direito penal, a aferição de proporcionalidade recai sobre a proibição de proteção insuficiente e a proibição de excesso. Esta é a vertente que veda ao Estado fazer algo que vá além de seus limites traçados nas normas jurídicas, buscando assim um controle estatal para não violar normas fundamentais. Aquela - proibição da proteção insuficiente - é a vertente que exige do Estado medidas adequadas e razoáveis na proteção de direitos fundamentais, como por exemplo a cominação de uma pena ínfima a um delito extremamente reprovável.

Assim, na Alemanha, há uma distinção entre os dois modos de proteção de direitos: o primeiro – o princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) – funciona como proibição de intervenções; o segundo – o princípio da proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot) – funciona como garantia de proteção contra as omissões do estado, isto é, será inconstitucional se o grau de satisfação do fim legislativo for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção. (STRECK, 2008).

É o princípio de proporcionalidade que traça limites à atividade do legislador penal e do intérprete, visto que determina quando a intervenção do estado na liberdade individual dos cidadãos é legítima. (GOMES, 2003, p. 60).

O princípio da proporcionalidade na seara criminal deve ser avaliado com maior cuidado, tendo em vista a possível restrição de uma liberdade individual. Desse modo, o princípio em questão denota que a atuação estatal deve ser exercida dentro dos limites legais, sem que haja excesso ao exercer o poder punitivo, mas ao mesmo tempo, sem que haja ineficiência na tutela do bem jurídico, sendo, pois, o núcleo essencial do devido processo legal.

A proporcionalidade deve ser analisada não apenas no tocante ao crime e à sua pena, mas em qualquer dispositivo que acaba por recair sobre o direito de liberdade, isso porque não apenas os preceitos – primário e secundário – devem ser convergentes com o texto constitucional, mas sim, todo o sistema normativo precisa passar pelo crivo da identidade e harmonia constitucional, e isso inclui a reincidência.

O INSTITUTO DA REINCIDÊNCIA NO DIREITO PENAL

O instituto da reincidência ocorre quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior. Vejamos a redação do código penal:

Art. 63 - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência:

I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

II - não se consideram os crimes militares próprios e políticos.

Pela redação acima, para fins de configuração da reincidência, não basta o cometimento de um novo crime, exigindo-se ainda que esse novo crime seja praticado em até cinco anos, contados a partir da data do cumprimento ou extinção da pena do delito anterior transitado em julgado, sendo irrelevante espécie de pena aplicada no caso, já que o CP menciona apenas 'crime anterior', sendo assim, até a pena de multa e a restritiva de direitos geram reincidência.

A reincidência é inicialmente instituída como mecanismo de aplicação de pena, a qual é utilizada para que a mesma seja agravada (Art. 61 do CP), utilizada como critério preponderante no concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes (Art. 67 do CP) e ainda fixa o regime inicial de cumprimento da pena no regime fechado, ao menos, em regra (Art. 33, § 2º do CP).

A reincidência é um instituto que, além de etiquetar o “ser”, gera recrudescimento da sua pena, o que acaba por enfatizar um sistema que se preocupa muito mais com o autor do fato, e não com o crime em si. Não se trata apenas de agravar a pena, mas de dificultar ou até mesmo impedir determinados benefícios ressocializadores de forma ampla e genérica que não se referem aos fatos em julgamento, mas sim ao passado do agente, seu estilo de vida e/ ou a sua maneira de se portar em sociedade.

Pela redação dos diplomas legais – código penal e código de processo penal -, o fato de o agente ser estipulado como reincidente se aproxima e muito do ser delinquente e inimigo do Estado já que, em muitos dispositivos não há critério taxativo e específico de diferenciação da reincidência (v.g reincidente em furto e reincidente em estupro).

Em nenhuma das previsões acima há sequer a menção acerca de qual reincidência elas recaem – se apenas as dolosas ou também as culposas; se reincidência com ou sem violência -, o que causa

certa estranheza considerando que outros diplomas legais acabam por fazer essa distinção para tentar se aproximar de um sistema normativo razoável e legal.

(...) Na fase de aplicação da pena (2ª fase do processo trifásico), a agravante da reincidência, igualmente diz respeito ao passado do autor, do seu envolvimento com outros crimes, mas nada diz respeito ao fato em julgamento (PÊCEGO; SILVEIRA, 2013, p.6).

Além de a reincidência ser critério de definição e aplicação de pena, ela é ainda utilizada para se negar a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos (quando reincidente em crime doloso – art. 44 CP), a concessão da suspensão condicional da pena (quando reincidente em crime doloso – art. 77 CP), a liberdade provisória (art. 310, § 2º CPP) e o Acordo de não persecução penal (Art. 28-A § 2º II CPP).

A reincidência é ainda utilizada para dificultar a obtenção da progressão de regime (art. 112 da lei 7.210/84), a saída temporária (art. 123, II da lei 7.210/84), e o livramento condicional (art. 83 CP). Ademais, é, ao mesmo tempo, instrumento de interrupção da prescrição (art. 117 CP) e de ampliação do prazo prescricional da prescrição da pretensão executória (art. 110 CP).

A reincidência é, em verdade, um juízo de reprovação da conduta do agente, que, ainda que pudesse não delinquir, optou por persistir no mesmo, assim, o referido instituto deve ser apreciado no campo da culpabilidade – exigibilidade de conduta diversa -, e não como instrumento para agravar a pena nem como mecanismo para se dificultar e/ou restringir um direito, sob pena de clara violação à responsabilidade individual e proporcional por gerar excessivo ônus.

A reincidência refere-se à culpabilidade do réu, e decorre da própria estrutura do Direito Penal da culpa. (REALE JÚNIOR, 2004).

O texto constitucional estabeleceu princípios de direito penal de um Estado social e democrático de direito, orientando o legislador ordinário à adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, fundamentado em um direito penal da culpabilidade (BITENCOURT, 2006, p. 14).

O conceito de culpabilidade pode ser entendido, em termos gerais, como um juízo de reprovação que se faz ao autor de uma conduta típica e antijurídica, que, podendo se comportar conforme o direito, optou, livremente, por se comportar contrário ao direito (BRANDÃO, 2008, pp. 200-201).

El principio de responsabilidad por el hecho, que exige un derecho penal del hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser. Enlaza

este principio con el de legalidade, y su exigencia de tipicidad de los delitos: el mandato de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva. (Mir Puig, 2002, p. 130)

Assim, o princípio da culpabilidade é uma orientação de garantia, pois limita o exercício do poder punitivo apenas de modo objetivo (ao fato delituoso) e não de modo subjetivo (à personalidade ou características do autor).

A par disso, podemos questionar: Qual a finalidade da reincidência? Tecnicamente, a finalidade da reincidência não implica na proteção de bens jurídicos, mas sim na geração de uma pseudo prevenção, a qual funciona como mecanismo de reprovabilidade da conduta do agente. Essa norma tem o condão de atingir a finalidade desejada? Como a finalidade é valorar negativamente o comportamento do agente sob uma falsa argumentação de prevenção penal, essa norma atinge sua finalidade mesmo porque a mesma possui um fim não utilitarista. Essa norma é proporcional, ou seja, traz mais benefícios ou malefícios para um sistema normativo democrático? Trata-se de uma norma que carece de proporcionalidade, já que viola o *non bis in idem* – o agente, além de ser responsabilizado penalmente pelo crime praticado terá, ao menos, uma agravante subjetiva, de modo que existe um punitivismo aos taxados de 'reincidentes' – e viola a proporcionalidade propriamente dita – há uma falta de critério racional na reincidência, o qual vai além de ser uma agravante, mas também torna mais rigoroso o cumprimento da pena e, por consequência, rotula o agente e cria obstáculos para que o mesmo possa alcançar alguns benefícios legais.

Imaginemos um exemplo hipotético em que três pessoas foram condenadas por crimes distintos. O primeiro é reincidente e foi condenado por furto a uma pena de quatro anos. O segundo é réu primário condenado por corrupção passiva a uma pena de quatro anos. O terceiro é réu primário condenado pelo crime de facilitação de contrabando ou descaminho a uma pena de quatro anos. Qual deles terá que cumprir mais tempo de pena para obter progressão de regime, livramento condicional e saída temporária? O primeiro – condenado pelo furto – já que para progredir terá de cumprir 20% da pena, para obter livramento condicional terá de cumprir mais da metade da pena e para obter saída temporária terá de cumprir 1/4 da pena. Nos dois últimos casos - corrupção passiva e facilitação de contrabando ou descaminho - para progredir terá de cumprir 16% da pena, para obter livramento condicional terá de cumprir mais de 1/3 da pena e para obter saída temporária terá de cumprir 1/6 da pena.

Indaga-se: o que é mais reprovável, o fato de o agente ser reincidente ou o fato de ele ter lesado os cofres públicos e, por consequência ter prejudicado toda a sociedade? A reprovabilidade do comportamento deve recair sobre as características pessoais do agente ou sobre as circunstâncias e efeitos do crime? Essa desproporção decorre de um sentimento enraizado

socialmente de que o reincidente merece o pior, o castigo e a alta reprovabilidade por ser 'nosso inimigo' e, estranhamente, não há essa sensação com relação aos não reincidentes que cometem crimes que atingem toda a sociedade como é o caso dos crimes contra a administração pública.

Importante registrar que no julgamento do Habeas Corpus 155.920/Minas Gerais, de relatoria do Min. Celso de Mello, houve finalmente o reconhecimento de que o fato de ser o agente reincidente não gera maior reprovabilidade do seu comportamento, devendo ser levado em conta as circunstâncias fáticas e suas consequências para essa aferição. No julgado em questão, o agente, apesar de ser reincidente foi absolvido pelo denominado “crime de bagatela”. Vejamos:

[...] Cumpre salientar, por relevante, que o princípio da insignificância – como fator de descaracterização material da própria tipicidade penal – tem sido acolhido pelo magistério jurisprudencial desta Suprema Corte.

[...] O postulado da insignificância – que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada – apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público em matéria penal. [...] Sendo assim, em face das razões expostas e na linha de anteriores votos por mim proferidos nesta Corte, **defiro o pedido de “habeas corpus”, para invalidar a condenação penal que foi imposta à ora paciente pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Juiz de Fora/MG (Processo-crime nº 0526507-37.2012.8.13.0145), por ausência de tipicidade material da conduta que lhe foi imputada, considerado, para esse efeito, o princípio da insignificância.** Em razão do deferimento deste “writ”, a ora paciente fica absolvida, nos termos do art. 386, III, Código de Processo Penal, da imputação penal que se lhe fez nos autos do Processo-crime nº 0526507-37.2012.8.13.0145 (Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da comarca de Juiz de Fora/MG), expedindo-se, de imediato, o pertinente alvará de soltura, se por al referida paciente não estiver presa. (Habeas Corpus 155.920 Minas Gerais, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 27/04/2018) **[Grifo do autor].**

Deixando mais claro, um dos requisitos da insignificância é o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento, assim, a conduta não pode ser substancialmente reprovável. Pois bem, ao reconhecer a insignificância de um crime praticado por um reincidente, o próprio STF acaba por reconhecer que a reincidência não é fator que gera maior reprovabilidade do comportamento e, por via de consequência, por si só, não afasta o crime e não pode gerar agravante e nem dificultar o acesso aos benefícios penais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que o Brasil é um Estado democrático de direito, todos seus instrumentos estatais devem ser legítimos e instrumentalizados de acordo com as balizas traçadas no texto constitucional. No direito penal não é diferente, sua utilização há de ser legítima e democrática, respeitando as normas – regras e princípios constitucionais – de política-criminal. Assim, toda e qualquer atuação estatal no controle de comportamentos penais há de passar pela aferição de adequação, necessidade e proporcionalidade constitucional, sob pena de ser antidemocrática.

Nesse sentido, a atuação desarrazoada e/ou desproporcional do legislador em estabelecer normas penais leva ao judiciário realizar a aferição de sua (in)constitucionalidade, de acordo com a maior ou menor lesão a um direito fundamental através dos níveis/ graus de intensidade - controle de evidência (*Evidenzkontrolle*); controle de sustentabilidade ou justificabilidade (*Vertretbarkeitskontrolle*); e controle material de intensidade (*intensivierten inhaltlichen Kontrolle*).

A par de todo o exposto, são as conclusões do presente trabalho:

- Há uma incompatibilidade dos artigos 61 e 67 do CP com a CF. A reincidência, tal qual, estabelecida nos dispositivos mencionados se afastam na necessária individualização e da responsabilidade penal do fato (e não do autor), além de carecerem de proporcionalidade. Assim, o que deve servir como pressuposto de aplicação de pena e critério preponderante da mesma são as circunstâncias fático-criminais, ou seja, o modo de execução do crime e as condições peculiares das vítimas, mas não as circunstâncias pessoais do autor do fato.

Ademais, pensar em reincidência nessas circunstâncias é transferir a responsabilidade do Estado na ineficiência de ressocializar em agravante. Em outras palavras, se o agente foi preso e, ao cumprir a pena, não foi ressocializado, não é crível que essa falta de ressocialização lhe imponha uma pena mais grave em decorrência de um novo crime.

- Há uma incompatibilidade do artigo 33, § 2º do CP com a CF. É dizer, a previsão abstrata de cumprimento obrigatório inicial em regime fechado ao reincidente é desproporcional, já que vai de encontro aos princípios da proporcionalidade e individualização da pena.

Embora o enunciado da súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça permita a aplicação do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados à pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais, há de se estender esse verbete também ao regime aberto, ao menos, quando o crime for praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Dentro de uma análise de proporcionalidade, a característica do agente em ser reincidente não pode se sobrepor às circunstâncias materiais do fato delituoso, sob inegável aproximação de um sistema que tutela personalidade e não comportamentos.

Há uma incompatibilidade do artigo 310, § 2º do CPP com a CF. Recentemente foi promulgada a lei 13964/19, conhecida como lei anticrime ou pacote anticrime, a qual promoveu uma série de mudanças na legislação penal, processual penal e extravagante. Por ela ter sido o resultado de vários projetos de lei reunidos em uma única lei, ela foi aprovada com algumas incongruências e com alguns dispositivos de duvidosa constitucionalidade. Uma dessas previsões é justamente a de afastar o benefício da liberdade provisória aos reincidentes o que significa a contrário senso que, o juiz, ao receber o auto de prisão em flagrante, deverá decretar a prisão preventiva caso o flagranteado seja reincidente.

A instituição de restrição de um direito deve ser feita casuística e justificadamente, não se legitimando qualquer restrição de forma ampla, genérica e sem qualquer critério de justificação. O legislador, ao instituir a prisão preventiva obrigatória para reincidentes sequer se preocupou em dizer quando isso estaria justificado. Isso se aplica para qualquer reincidência? Isso se aplica para a reincidência culposa? Isso se aplica para reincidência em crimes que não envolvam violência ou grave ameaça? Isso se aplica reincidência em crimes que não haja pena de reclusão? Isso se aplica reincidência de crimes cuja pena não ultrapasse quatro anos? Isso se aplica para crimes cuja pena admita conversão da PPL em PRD?

São questionamentos que deveriam ter sido observados no plenário no Congresso Nacional com a participação de entidades democráticas que pudessem contribuir ao debate democrático (*amicus curiae*). Essa previsão soa claramente inconstitucional sob o prisma da proporcionalidade já que, em tese, institui-se prisão preventiva obrigatória independentemente de observância dos próprios requisitos exigentes da referida segregação cautelar (art. 312 e 313 do CPP), criando-se uma espécie de prisão preventiva sem requisito e sem fundamento legal.

- Há uma incompatibilidade dos artigos que proíbem direitos ou dificultam benefícios pelo fato de o agente ser reincidente com a CF. Pelos mesmos fundamentos outrora apresentados, o que deve ser levado em consideração para maior ou menor reprovação na aplicação e execução da pena são as circunstâncias do fato (v.g se foi praticado com ou sem violência; se praticado contra incapaz; se praticado em concurso de agentes), e não suas condições pessoais.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fábio Roque da Silva. **O Princípio da Proporcionalidade Aplicado ao Direito Penal: Fundamentação Constitucional da Legitimidade e Limitação do Poder de Punir**. Revista da EMERJ, v. 12, nº 45, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. I. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BIANCHINI, Alice. **Pressupostos materiais mínimos da tutela penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2002.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Martins Fontes, São Paulo, 1987.
- MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. A doutrina constitucional e o controle de constitucionalidade como garantia da cidadania. declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. 1993. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/45640/47413>. Acesso em 12/07/2020.
- MIR PUIG, Santiago. **Derecho penal: parte general**. 6. ed. Barcelona: Reppertor, 2002.
- PÊCEGO, Antonio José; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. Antecedentes e reincidência criminais: necessidade de releitura dos institutos diante dos novos paradigmas do direito penal. In: **Revista Justiça e Sistema Criminal**. v. 5, n. 9., 2013.
- PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro – Volume 1 – Parte Geral**. São Paulo:
-

Revista dos Tribunais, 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal**. vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RIBEIRO, Diego Coelho Antunes Ribeiro. **Princípios democráticos de direito penal**. Ed Lumen Juris, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Penal: breves notas a respeito dos limites e possibilidades da aplicação das categorias da proibição de excesso e de insuficiência em matéria criminal: a necessária e permanente busca da superação dos “fundamentalismos” hermenêuticos. In: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. Florianópolis: ESMESC, v. 15, n. 21, p. 37-74, 2008.

STRECK, Lenio Luiz Streck. **Qual a semelhança entre o furto privilegiado e o tráfico de drogas?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2008-jul-10/qual-semelhanca-entre-furto-privilegiado-trafico-drogas?pagina=5>. Acesso em 12/07/2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZILIO, Jacson Luiz. Do direito penal de classes ao direito penal do Estado social e democrático de Direito. In: **Revista Jurídica Regional y Subregional Andina** 11. Chile, 2011.

O DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA

THE INTERNATIONAL LAW IN THE MOZAMBICAN LEGAL ORDER

Edson da Graça Francisco Macuácu¹

RESUMO: O presente artigo tem como objecto de estudo, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana. O objectivo do artigo é analisar a configuração do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano, para compreender o seu enquadramento e o seu lugar no Ordenamento Jurídico Moçambicano. Com efeito, apresentamos uma noção sumaria do que é o Direito Internacional, abordamos o processo e a forma de recepção do Direito Internacional na ordem Jurídica Moçambicana, aferimos a posição hierárquica das normas do Direito Internacional em face do princípio da constitucionalidade, e tendo em conta que a Constituição da República não prevê literalmente o controlo das normas do direito constitucional, analisamos a possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito constitucional, em sede da fiscalização sucessiva abstracta e concreta onde chegamos a conclusão de que as normas do direito internacional acolhidas na ordem jurídica moçambicana, podem e devem ser objecto de controlo da sua constitucionalidade.

Palavras-Chaves: Controlo, Fiscalização, Direito Internacional, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Constituição.

ABSTRACT: The present article aims at studying, the International Law in the Mozambican Legal Order. The article is meant to analyze the configuration of the International Law in the Mozambican Constitutional Law, so as to understand its framework and place in the Mozambican Legal System. In effect, we present a brief notion of what the International Law is, we discuss the reception process and mode of the International Law in the Mozambican Legal Order, we evaluate the hierarchical position of the International Law Norms in view of Constitutionality principle, taking into account that the Constitution of the Republic does not literally preview the management of the Constitutional Law Norms, we analyze the possibility of Constitutionality management of Constitutional Law Norms in the successive abstract and concrete reviewing, arriving to the conclusion that the International Law Norms embraced in the Mozambican Legal Order, might and must be subject to the management of their Constitutionality.

Key-words: Management, Reviewing, International Law, Constitutionality, Unconstitutionality and Constitution.

¹ Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano. Edson da Graça Francisco Macuácu, filho de Francisco Constantino e de respeito dos direitos do homem”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 202. Albertina Chiure.

1. NOÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL

O nosso ponto de partida é a delimitação do que é o direito internacional. É um ponto de partida não fácil, pois, não há um consenso doutrinário sobre o conceito de Direito Internacional, havendo vários entendimentos possíveis.

Para Jorge Bacelar Gouveia, “o Direito Internacional é um sistema de princípios e normas, de natureza Jurídica, que disciplinam os membros da sociedade internacional, ao agirem numa posição Jurídica pública, no âmbito das suas relações internacionais”.²

Do conceito supra, podem se descortinar quatro elementos constitutivos do Direito Internacional a saber:

- $\frac{3}{4}$ **Um elemento formal:** o conjunto dos princípios e das normas, com conteúdo jurídico, que entre si se articulam sistematicamente, formando um ordenamento normativo;
- $\frac{3}{4}$ **Um elemento subjectivo:** os membros da sociedade internacional, que mutuamente estabelecem relações e vinculações, de coordenação e de subordinação;
- $\frac{3}{4}$ **Um elemento funcional:** o estatuto Jurídico-público das pessoas jurídicas envolvidas, que desenvolvem a sua actividade jurídico-internacional;
- $\frac{3}{4}$ **Um elemento material:** as matérias abrangidas pela regulação em causa, imputadas à orbita das relações internacionais em função da sua internacionalidade, que assim escapam do domínio interno que privativamente se reserva aos sujeitos quando actuam ao nível dos seus Direitos Internos.

Para André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadro, “Direito Internacional é o conjunto de normas jurídicas criadas pelos processos de produção jurídica próprios da Comunidade Internacional e que transcendem o âmbito estadual”.³

A característica essencial da norma internacional é, a de seu processo de criação e modificação transcender o âmbito do Estado, ou de um outro sujeito do Direito Internacional por si só.

Segundo Jorge Miranda, “o Direito Internacional apresenta características que bem o distinguem do Direito estatal, mas que parecem inerentes à natureza quer das relações, quer da comunidade a que se aplica e são elas:”⁴

- a) Sistema complexo e diferenciado de fontes, com realce especial do costume e do tratado;

²Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Internacional Publico*, 2007, P. 36.

³André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Publico*, 2018, P. 31.

⁴Jorge Miranda, *Direito Internacional Publico*, 2017, P. 21.

- b) Diversificação do âmbito das normas com normas abrangendo todos os Estados e entidades afins e normas abrangendo somente sujeitos em relações específicas entre si ou apenas certas categorias de sujeitos (sendo as primeiras até há pouco em numero escasso, com o conseqüente predomínio da relatividade das obrigações jurídico-internacionais);
- c) Não tanto incompletude quanto menor densidade das normas de Direito Internacional;
- d) Sistema complexo e diferenciado de sujeitos:
 - 1) *Ao passo que, no Direito estatal, os sujeitos com capacidade plena são as pessoas singulares, no Direito Internacional são os Estados (soberanos), e os indivíduos só são sujeitos, e limitadamente verificados certos pressupostos;*
 - 2) *Enquanto que no âmbito interno existe uma multiplicidade imensa de sujeitos e de categorias de sujeitos, pessoas singulares e colectivas, de direito privado e de direito público a nível internacional, afora os indivíduos, o número de sujeitos é reduzido e o aparecimento de novas categorias depende de condicionalismos históricos precisos;*
 - 3) *Enquanto que em Direito interno os indivíduos, além de juridicamente iguais, se encontram condicionados por uma inelutável igualdade biológica, em Direito Internacional os Estados, apesar de também juridicamente iguais, estão pelo contrário condicionados nas suas relações pela não menos inultrapassável desigualdade de dimensões e poderio, com conseqüências tanto de facto como de direito;*
- e) Dependência, em larga medida, do Direito Interno para a execução das suas normas;
- f) Domínio quase completo dos actos jurídicos internacionais das manifestações de vontade funcional e normativa (dos órgãos de entidades colectivas), em detrimento das manifestações de vontade psicológica;
- g) Prevalência ainda de formas de responsabilidade colectiva sobre as formas de responsabilidade individual;
- h) Garantia jurisdicional das suas normas obtida tanto através de tribunais por ele instituídos como de tribunais instituídos pelos ordenamentos estatais;
- i) Reduzido significado das sanções ou dependência da sua aplicação de factores extra-jurídicos”.

2. ENQUADRAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL

A disposição central para a apreciação da forma como a Constituição moçambicana lida com o Direito Internacional é o artigo 18, com a epígrafe "Direito Internacional".⁵

⁵ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007*, P. 14, Texto preparado para a Conferencia proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2002, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.fd.Ulisboa. PT, Consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

O n.º 1 do supra aludido artigo 18, estabelece que "os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique e o n.º 2 da mesma disposição constitucional, estatui que" a norma de direito internacional tem na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção."

Da redacção do n.º 1 do artigo 18, decorreu três consequências:⁶

- ¾ *Primeiro*, uma parte da regulamentação da vinculação internacional do Estado Moçambicano deve ser procurada no âmbito da ordem interna, com destaque para o direito constitucional;
- ¾ *Segundo*, a publicação interna das vinculações internacionais assumidas pela República de Moçambique através do Boletim da República é condição de produção de efeitos na ordem jurídica moçambicana e;
- ¾ *Terceiros*, os mecanismos de cessação de efeitos das vinculações internacionais vigentes na República de Moçambique devem ser procurados no âmbito do Direito Internacional.

As estipulações constantes do artigo 18 podem ser desdobradas nos seguintes aspectos:⁷

- ¾ Distinção entre tratados e acordos internacionais;
- ¾ Método de incorporação das vinculações internacionais (tratados em sentido amplo) na ordem jurídica moçambicana;
- ¾ Exigência da publicação interna dos compromissos internacionais (tratados em sentido amplo) assumidos pelo Estado moçambicano;
- ¾ Previsão da produção de efeitos jurídicos na ordem jurídica moçambicana de outras fontes de Direito Internacional além das vinculações em sentido amplo);
- ¾ Método de incorporação das outras fontes de Direito Internacional além das vinculações internacionais (tratados em sentido amplo) na ordem jurídica moçambicana;
- ¾ E posição hierárquica das fontes de Direito Internacionais no âmbito da ordem jurídica moçambicana.

São ainda imediatamente relevantes para o Estado do Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana⁸:

- ¾ Artigo 43 (Interpretação dos direitos fundamentais), onde se estabelece que os "preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos

⁶ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 21.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

Direitos do Homem e dos Povos;"

- ¾ A alínea f) do nº 2 do artigo 143, relativa à publicação dos tratados e acordos internacionais;
- ¾ A alínea b) do artigo 160, que confere competências ao Presidente da República no domínio da defesa e da ordem pública para celebrar tratados;
- ¾ As alíneas a), b), c) e d) do artigo 161, que regulam os poderes do Presidente da República no domínio das relações internacionais;
- ¾ As alíneas e), t) e u) do nº 2 do artigo 178, que fixam as competências da Assembleia da República relacionadas com o procedimento de vinculação internacional do Estado moçambicano;
- ¾ E a alínea g) do nº 1 do artigo 203, que delimita o âmbito da competência do Governo relativamente ao procedimento do Estado moçambicano.

Da consagração das disposições constitucionais supracitadas pode ser retirado que a República de Moçambique:⁹

- ¾ Aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana (nº 2 do artigo 17);
- ¾ Só recorre à "força em caso de legítima defesa (nº 1 do artigo 22), "defende o princípio do desarmamento geral e universal de todos os Estados (nº 3 do artigo 22), e "preconiza a transformação do Oceano Índico em zona desnuclearizada e de paz (nº 4 do artigo 22)";
- ¾ "Defende a primazia da solução negociada dos conflitos (nº 2 do artigo 22)";
- ¾ Deve actuar nas relações internacionais com respeito pelos "princípios de respeito mútuo pela soberania e integridade territorial, igualdade, não interferência nos assuntos internos e reciprocidade de benefícios (nº 1 do artigo 17)";
- ¾ "Mantém laços especiais de amizade e cooperação com os países da região, com os países de língua oficial portuguesa e com os países de acolhimento de emigrantes (artigo 21)";
- ¾ Apoio e é solidária com a luta dos povos pela libertação e pela democracia (nº 1 do artigo 20);
- ¾ É solidária "com a luta dos povos e estados africanos, pela unidade, liberdade, dignidade e direito ao progresso económico e social (nº 1 do artigo 19)";
- ¾ Busca o reforço das relações com países empenhados na consolidação da independência nacional da democracia e na recuperação do uso e controlo das riquezas naturais a favor dos respectivos povos " (nº 2 do artigo 19);"
- ¾ Associa-se a todos os Estados na luta pela instauração de uma ordem económica justa e equitativa nas relações internacionais (nº 3 do artigo 19);
- ¾ E "concede asilo aos estrangeiros perseguidos em razão da sua luta pela libertação

⁹Idem.

nacional, pela democracia, pela paz e pela defesa dos direitos humanos (nº 2 do artigo 20)".

Ao acima citado, pode-se acrescentar ainda que Moçambique aceita a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, pois de acordo com o consagrado no artigo 43 da Constituição da República, os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos.

2.1 PROCESSO E FORMA DE RECEPÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA MOÇAMBICANA

Regra geral, o Direito Internacional não regulamenta as modalidades segundo as quais as suas normas incorporam-se no direito interno do Estado.¹⁰ Isto significa que as regras de aplicação do Direito Internacional na Ordem jurídica interna são da competência discricionária do Estado.¹¹

De acordo com o plasmado no nº 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique, os tratados e acordos internacionais validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique.

As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanadas da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção, conforme dispõe o n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique.

Nos termos do estabelecido na alínea g) do nº 1 do artigo 204 da Constituição da República de Moçambique, compete ao Conselho de Ministros, preparar a celebração de tratados internacionais e celebrar, ratificar, aderir a denunciar acordos internacionais, em matérias da sua competência governativa.

A alínea t) do nº 2 do artigo 178 da Constituição da República de Moçambique, estatui que é da competência da Assembleia da República, ratificar e denunciar os tratados internacionais.

A Constituição da República não especifica qual é o valor concreto e nem especifica qual deve ser

¹⁰CISTAC Gilles, "*A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*", in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P. 15.

¹¹Idem.

a forma concreta de recepção das normas do direito internacional na ordem jurídica interna, deixando depender da respectiva forma de recepção. De um lado por um costume parlamentar, a ratificação pela Assembleia da República das normas do direito constitucional é feita através de uma Resolução. A resolução é um acto normativo, mas não é um acto legislativo, conforme resulta do disposto nos artigos 142¹² (Actos normativos) e 181,¹³ (Forma dos actos de AR) ambos da Constituição da República de Moçambique.

Do outro lado, o Conselho de Ministros, celebra, ratifica e adere a acordos internacionais, assumindo a forma de uma resolução. Entretanto as resoluções do Conselho de Ministros, diferentemente das da Assembleia da República, não são actos normativos, pois de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 209 da Constituição da República de Moçambique, os actos normativos do Conselho de Ministros revestem a forma de decreto-lei e de decreto, e o n.º 4 da mesma disposição, refere que os demais actos do Governo tomam a forma de resolução, o que lhes confere uma natureza jurídica diferente, sendo neste caso um acto político-administrativo, nos termos da interpretação literal do supra exposto.

O Legislador constituinte não criou procedimentos internos específicos para a incorporação das "normas de direito internacional" na ordem jurídica moçambicana.¹⁴ Pelo contrário, ao expressamente referir que produzem efeitos "consoante a sua respectiva forma de recepção", o resultado pretendido foi que o costume internacional incorpore as fontes do direito da República de Moçambique enquanto tal, da mesma forma que as resoluções das organizações internacionais de que é parte, produzam efeitos em conformidade com o que estiver estabelecido no respectivo tratado constitutivo.¹⁵ É, em conformidade, uma fórmula particularmente adequada ao dinamismo do Direito Internacional, na medida em que respeita as particularidades da produção jus internacional e não impossibilita a assunção de compromissos internacionais com uma vinculatividade diversa da tradicionalmente atribuída aos tratados e aos acordos internacionais.¹⁶

¹²De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 142.º da CRM, são actos legislativos as leis e os decretos-leis. O número estabeleceu que os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, noções e resoluções. O n.º 3 define que os decretos-leis são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República. O n.º 4 fixa que os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e o n.º 5 determina que os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

¹³De acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 142.º da CRM, são actos legislativos as leis e os decretos-leis. O número estabeleceu que os actos da Assembleia da República revestem a forma de leis, noções e resoluções. O n.º 3 define que os decretos-leis são actos legislativos, aprovados pelo Conselho de Ministros, mediante autorização da Assembleia da República. O n.º 4 fixa que os actos regulamentares do Governo revestem a forma de decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e o n.º 5 determina que os actos do Governador do Banco de Moçambique, no exercício das suas competências, revestem a forma de aviso.

¹⁴Idem.

¹⁵Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P., Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

A vigência de tratados e acordos internacionais na ordem jurídica moçambicana depende do preenchimento cumulativo de três condições: i) terem sido validamente aprovados e ratificados; ii) estarem publicados no Boletim da República; iii) vincularem internacionalmente o Estado moçambicano (n.º 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique).¹⁷

i) A aplicabilidade interna de tratados e acordos internacionais depende, em primeiro lugar, da conformidade constitucional do procedimento adoptado para a sua conclusão. É este o sentido que deve ser atribuído à expressão “validamente aprovados e ratificados” incluída no n.º 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique.¹⁸

A Constituição moçambicana prevê um regime diferenciado para a conclusão de tratados e acordos. Estas são as duas espécies da fonte convencional, ou dos tratados em sentido¹⁹ amplo, que se distinguem por os tratados (em sentido estrito ou solene) exigirem um acto interno posterior à sua assinatura, em regra um instrumento de ratificação, em que é confirmada a vontade do Estado em se vincular aos mesmos. Nos acordos (em forma simplificada), a vinculação internacional dos Estados ocorre imediatamente no momento da assinatura.²⁰

ii) A segunda condição que os tratados e acordos devem cumprir para poderem ser aplicados na ordem jurídica moçambicana é a publicação das resoluções que os ratificam e aprovam (art. 18, n.º 1, *in fine*, e art. 144, al. f) da Constituição da República de Moçambique). Estas são publicadas na I Série do Boletim da República e devem incluir, em anexo, a versão portuguesa integral os textos dos instrumentos internacionais aos quais a República de Moçambique se vinculou. A falta de publicação tem como consequência a impossibilidade de aplicação interna do tratado ou do acordo.²¹

iii) Por último, os tratados e acordos internacionais só podem ser aplicados na ordem jurídica

¹⁶Idem.

¹⁷Idem.

¹⁸Idem.

¹⁹A expressão “convenção internacional” é utilizada pela CRM uma única vez no art. 179.º, n.º 4, onde se refere a possibilidade de referendo das matérias referidas no n.º 2 do art. 179.º, Citado por Coutinho, Francisco Pereira, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 229.

²⁰Art. 11.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados (23 de Maio de 1969) 1155 UNTS 331 (entrou em vigor a 27 de Janeiro de 1980) (“Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados”). Moçambique depositou o seu instrumento de adesão a esta convenção junto do Secretário-Geral das Nações Unidas a 8 de Maio de 2001 [2150 UNTS A-18232 (produziu efeitos a 7 de Junho de 2001)] na sequência da aprovação interna pelo Conselho de Ministros através da Resolução n.º 22/2000, de 19 de Setembro, publicada no Boletim da República, I Série, 2.º Suplemento, n.º 37, p. 180, Citado por Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 2018, P. 299.

²¹CISTAC Gilles, *A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*, " in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume IV, 2004, P. 299, Citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 229.

moçambicana “enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique” (art. 18, n.º 1, *in fine*, da Constituição da República de Moçambique). A Constituição da República de Moçambique impede a aplicação interna de convenções internacionais que ainda não vigorem externamente.²² O início de produção de efeitos das convenções internacionais depende do que ficar estabelecido nos respectivos articulados, sendo comum a definição de uma data ou, em alternativa, a exigência da manifestação do consentimento em ficar vinculado por todos os Estados que participaram nas negociações (convenções bilaterais) ou apenas por alguns deles (convenções multilaterais).²³

Da exigência de conexão de vigência internacional e da publicação no Boletim da República decorrem um conjunto variado de possibilidades de início de vigência internadas convenções internacionais, a qual será:²⁴

- a) A data prevista no tratado ou no acordo, caso esta data seja posterior ao momento da publicação;
- b) A data de publicação²⁵ caso, esta seja posterior à data prevista no tratado ou no acordo;
- c) A data de produção de efeitos da notificação ao outro Estado (convenção bilateral) ou depósito (convenções multilaterais) do instrumento de vinculação de Moçambique tratado ou acordo que já vigoram internacionalmente, caso essa data seja posterior à publicação;
- d) A data de publicação, caso esta seja posterior à produção de efeitos da notificação ou depósito do instrumento de vinculação de Moçambique a tratado ou acordo que já vigora internacionalmente;
- e) A data em que Moçambique foi notificado da vinculação que perfaz o número exigido para a entrada em vigor do tratado ou o acordo, caso esta notificação ocorra em momento posterior à publicação;
- f) Na eventualidade de ser de Moçambique a vinculação que permite a entrada em vigor do tratado ou do acordo, a data relevante será a da publicação ou a da notificação ou depósito do instrumento de vinculação, dependendo da que ocorrer em último lugar.

As fontes de direito internacional são incorporadas na ordem Jurídica Moçambicana sem

²²Idem.

²³O art. 24.º, n.º 2, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados dispõe que, na falta de disposição que disponha noutro sentido, “um tratado entra em vigor logo que o consentimento em ficar vinculado pelo tratado seja manifestado por todos os Estados que tenham participado na negociação”, Citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 234.

²⁴Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica moçambicana*, 2018, P. 234.

²⁵Em rigor, a vigência inicia-se uma vez decorrido o prazo de *vacatio legis* subsequente à publicação do tratado ou do acordo no Boletim da República, Citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 234.

perderem a sua natureza jus internacional.²⁶ A Constituição da República de Moçambique (CRM) adoptou um sistema monista que prevê a recepção condicionada dos tratados e acordos internacionais doravante o (n.º 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique) e a recepção automática das restantes fontes do direito internacional²⁷ (n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique).

Portanto, as normas de direito internacionais recebidas nos termos do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique são integradas *qua tele* no ordenamento jurídico moçambicano e ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional e paralela à dos actos normativos da Assembleia da República e do Governo.²⁸

3. O PRINCÍPIO DA CONSTITUCIONALIDADE E A POSIÇÃO HIERÁRQUICA DAS NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL NA ORDEM JURÍDICA INTERNA

A questão da posição hierárquica das normas do Direito Internacional é controvertida, alimentando acesos debates doutrinários. De acordo com Jorge Miranda, “o que deva entender-se por hierarquia constitui dificuldade grave. Se a doutrina dominante admite, pelo menos, a necessidade de hierarquizar os actos normativos, muito continua a discutir-se acerca do correcto significado que possui”.²⁹ A Escola de Viena realça o conceito, aludido, como se sabe, a sua estrutura escalonada da Ordem Jurídica ligada à criação do Direito por graus. Outras correntes consideram o insuficiente para explicar a dinâmica jurídica e fazem apelo também a outros conceitos.³⁰

Como quer que seja, não é preciso entronizar as Teses da Teoria Pura para reconhecer que as fontes e as normas se distribuem por níveis bastante diversos.³¹ Apesar de só no século XX disso se ter tomado perfeita consciência, a supremacia da Constituição decorre da sua função no ordenamento e os actos que lhe ficam imediatamente subordinados não podem deixar de ter força superior aos que por ela não são regulados.³² Tal como as normas sobre produção jurídica hão-de prevalecer sobre as normas de produção jurídica ou os actos normativos sobre os actos concretos (e individuais) que regem, as leis sobre os regulamentos e os actos jurisdição, ou os actos de função político sobre os actos da função administrativo, etc. e, aceite o primado do Direito

²⁶ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 229.

²⁷ Idem, P. 229.

²⁸ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 241.

²⁹ Jorge Miranda, *Fiscalização da Constitucionalidade*, 2017, P. 32.

³⁰ Idem.

³¹ Idem, P. 33.

³² Idem.

Internacionais (V.g. tratados) têm preferência sobre os actos de Direito Interno (V.g. leis).³³

Em direito interno, a hierarquia das normas é estabelecida pela Constituição que estabelece a hierarquia das suas próprias fontes de direito e não a ordem jurídica internacional.³⁴ Isto não quer dizer que não há relações entre as duas ordens jurídicas.³⁵

E neste caso, podemos indagar, no caso Moçambicano, haverá o primado do direito internacional? Qual é a posição hierárquica do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico Moçambicano?

A Constituição da República de Moçambique de 2004 enfrenta o problema do posicionamento hierárquico do Direito Internacional na ordem jurídica interna em termos particularmente impressionantes.³⁶ Na verdade, de uma forma muito pouco comum no direito constitucional comparado, o n.º 2 do artigo 18.º prevê que as “normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo”.

Em face do disposto no n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique e no n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique, é curial compreender dois aspectos:

- ¾ Primeiro, ao estabelecer no n.º 4 do artigo 2 que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico, pretende-se que as normas de direito internacional tenham uma posição hierárquica infraconstitucional?
- ¾ Segundo, ao se estabelecer no n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique, que as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção, qual é o alcance do conceito "normas de direito internacional?" As normas de direito internacional público comum ou geral estão abrangidas, no âmbito de "normas de direito internacionais" referidas no n.º 2 do artigo 18, ou são apenas as normas do direito internacional público particular?

³³ Idem.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem, P. 48.

³⁶ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

Porém, para Justino Felisberto Justino “a Constituição da República de Moçambique não aborda expressamente a posição da hierárquica das normas do DIP no ordenamento interno, pois não tem uma cláusula geral de recepção dessas normas e princípios”.³⁷

Na óptica de Justino Felisberto, “existem dois regimes distintos quanto à posição hierárquica do Direito Constitucional, um atinente ao direito internacional comum geral que é supra-constitucional e outro pertinente ao Direito Internacional publico convencional ou particular que diz respeito aos acordos e tratados que é infraconstitucional, sendo que o primeiro não esta sujeito ao principio da constitucionalidade e por conseguinte não pode ser objecto de controlo da Constitucionalidade”.³⁸

Com efeito, apesar de ser discutível Justino Felisberto Justino entende que, “as normas do DIP geral são supra-constitucionais, pelas seguintes razões:³⁹

- ¾ A distinção entre DIP geral e DIP particular deixa claro que o DIP geral é aplicável a todos os sujeitos do DIP, pois o mesmo resulta, por sua natureza, do consenso da maioria dos Estados;⁴⁰ se o DIP geral não fosse supra-constitucional e se fosse permitida a sua derrogação pelo direito interno de um Estado, não faria sentido, chamá-lo de DIP Geral;⁴¹
- ¾ O artigo 18 da Constituição da República de Moçambique coloca numa posição infraconstitucional o DIP convencional, o que significa, e, por interpretação a contrario *sensu*, que o DIP não é infraconstitucional;
- ¾ A maior parte das normas e princípios do DIP Geral constitui o *iuscogens*,⁴² que é imperativo a todos os sujeitos do DIP,⁴³ e é supra-constitucional,⁴⁴ impondo-se a todos os

³⁷ Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana*, 2018, P. 507.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem, p. 201.

⁴⁰ Conforme propugnam André e Fausto Pereira em Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. P. 117, “*ele é composto por regras consuetudinárias ou praticas que se impõem a todos os Estados. Ora, dizer-se que o Direito Internacional geral ou comum cede perante as Constituições dos Estados, é negar que ele obrigue a todos os Estados, é ignorar a que ele é geral ou comum*”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 201.

⁴¹ Cf. SOARES, Albino de Azevedo, op. cit., p. 96; , “*Quando se define o Direito Internacional geral por contraposição ao Direito Internacional particular é ou não verdade que se afirma que este vincula apenas alguns Estados enquanto o primeiro se impõe a todos os Estados? Ora, que sentido terá afirmar que determinadas normas ou princípios se impõem a todos os Estados, se com total falta de concordância, se vem depois a admitir que a Constituição pode contrariar tais normas ou tais princípios?*” Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

⁴² Assim explica Maria Duarte em Duarte, Maria Luísa. Op cit., p. 166: “*uma norma de iuscogens é, por oposição às normas de ius dispositivo, impositiva, imperativa e insusceptível de transgressão*”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

No mesmo sentido, André e Fausto Pereira em Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. Pp. 277, 108-

sujeitos de DIP, incluindo os Estados e as Constituições desses Estados, como se retira de Maria Luísa Duarte,⁴⁵ e conforme estatui o artigo 53 da Convenção sobre o Direito dos Tratados e sustenta André Gonçalves Pereira e Fausto de Quadros.⁴⁶

- ¾ O direito internacional comum ou geral, ser essencialmente direito internacional imperativo, ou seja, *iuscogens*. Ora, não se vê como é que uma norma internacional pode ser imperativa para um Estado se não prevalecer sobre todas as suas fontes de Direito interno, inclusiva sobre a Constituição”.
- ¾ Moçambique, aceita, observa e aplica os princípios da Carta da ONU⁴⁷ (cf. n.º 2 do artigo 17 da Constituição da República de Moçambique), e, sendo claro que desse instrumento internacional resultaram tratados multilaterais consagrando princípios que se impõem aos sujeitos do DIP, dentre eles, a Convenção de Viena sobre o Direito de Tratados, o PICP, a DU, Moçambique aceita, por consequência, estes tratados multilaterais,

110, 284, esclarecem que “*jus cogens* ou direito cogente significa direito imperativo. Corresponde ao *jus strictum* do Direito Romano, que se contrapunha aos *jus dispositivum*, isto é, direito que nascia da vontade das partes. *Jus cogens* internacional, que constitui direito imperativo para os Estados. Deve entender-se que já pertencem ao *jus cogens* pelo menos os mais importantes dos direitos e das liberdades consagradas naquela declaração (universal dos direitos do homem) e nos pactos de 1966 e que não façam parte do direito consuetudinário geral, como é o caso dos direitos à vida, à propriedade privada, à liberdade.” Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

⁴³ Para André e Fausto Pereira em Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. P. 282 e 283 “o *jus cogens* abrange praticamente todo o direito constitucional internacional ou seja:

O Costume Internacional geral ou comum, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

Normas convencionais pertencentes ao Direito Internacional geral – por exemplo, os princípios constitucionais constantes da Carta da ONU, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

O Direito Internacional geral, de fonte unilateral ou convencional, sobre direitos do homem é o caso da Declaração Universal e dos Pactos de 1966”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, P. 202.

⁴⁴ A este respeito entende Gomes Canotilho em Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6.ª Edição, op. cit., p. 232, que “em termos mais concretos a vinculação do Estado ao Direito Internacional começa, logo, pela observância e cumprimento do chamado *jus cogens* internacional. Embora a doutrina ainda não tenha recortado, de forma clara e indiscutível, o núcleo duro deste direito forte (direito cogente)” existem alguns princípios inquebravelmente limitativos do Estado. Referimo-nos, por exemplo, o princípio do respeito dos direitos do homem”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 202.

⁴⁵ Duarte, Maria Luísa, op. cit., p. 167, refere-se do artigo 53.º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entende, Maria Luísa Duarte que este preceito “consagra a evolução fundamental do Direito Internacional no sentido de reconhecer normas que, em virtude da sua dimensão ético-valorativa, condicionam a própria existência da comunidade internacional como verdadeira Comunidade de Direito e, nessa qualidade, traçam uma linha vermelha, um limite absoluto à vontade soberana dos Estados e ao livre arbítrio dos outros sujeitos de Direito Internacional, incluindo o próprio cidadão.” Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 202.

⁴⁶ Cf. Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. P. 118, Citado por Justino Felisberto Justino, o *Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça Constitucional*, 2018, P. 202.

⁴⁷ É claro que a CRM tem a mesma redacção para o Tratado da UA (n.º 2 do artigo 17.º) e estabelece igualmente uma recepção automática da CADPH (artigo 43 da CRM), que não são tratados do DIP geral, mas esta redacção consubstancia apenas uma excepção da forma de recepção desses instrumentos convencionais, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 203.

aceitando, igualmente, os princípios imperativos nele contidos, dos quais se integram os de acesso jurisdicional e da proporcionalidade. Aceita, pois, Moçambique, que os princípios e normas constantes desses tratados multilaterais sejam supra-constitucionais, por isso, não faria sentido que viesse a afastar estes princípios e normas através das normas internas ordinárias.⁴⁸ Ademais, dizer que Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas, significa que a ordem jurídica interna, incluindo a Constituição da República de Moçambique, vincula-se aos princípios da Carta da ONU, o que traduz o reconhecimento do valor supra-constitucional dos princípios contidos neste instrumento do DIP”.

Para Justino Felisberto Justino,⁴⁹ “a previsão vertida no artigo 43.º da Constituição da República de Moçambique que determina a interpretação dos direitos fundamentais em harmonia com a DU, significa um reconhecimento do carácter supra-constitucional das normas do DIP geral, sobretudo, dos princípios mais importantes contidos nas normas estatuídas pelo DU,⁵⁰ na medida em que, pela sua dimensão e importância, não poderiam ficar dependentes de interpretação com base em critérios do ordenamento de um Estado. Efectivamente, o Estado de direito vincula-se ao direito e ao respeito da dignidade da pessoa humana, e, porque pessoa humana é um ser universal e não apenas, nacional, por isso merecedor de protecção pelas normas e princípios universais, é compreensível que cada Estado, ao positivizar os direitos essenciais da pessoa humana no seu ordenamento, observe e aplique os critérios de interpretação com base em critérios de interpretação e integração próprios do DIP Geral”;⁵¹

Ainda de acordo com Justino Felisberto Justino, a impossibilidade ou inexistência de mecanismos constitucionais de fiscalização da constitucionalidade ou legalidade das normas do DIP, mostra o carácter supra-constitucional do DIP geral, pois pode-se entender que não cabe ao direito interno fiscalizar a regularidade do DIP, uma vez que, não é o DIP Geral que deve ser

⁴⁸ Como também sustenta Albino Soares em Soares, Albino de Azevedo, op. cit., p. 95, “*se uma lei ordinária vier a encontrar uma norma ou princípio de Direito Internacional geral enfermará de inconstitucionalidade material, por atentar contra o princípio da superioridade daquele tipo de direito sobre as normas jurídicas emanadas pelo legislador*”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional*, 2018, P. 203.

⁴⁹ Justino Felisberto Justino, *o Regime jurídico do acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana*, P. 203.

⁵⁰ À mesma conclusão chegaram André e Fausto Pereira em Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. P. 117, ao comentarem a disposição da CP idêntica ao artigo 43.º da CRM, “*os preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal*”, o mesmo artigo no seu n.º 2, está igualmente conferir àquela Declaração um nível hierárquico superior ao da Constituição na ordem jurídica portuguesa – o que aliás, já resulta do artigo 8 n.º 1, se entender, como atrás sustentamos, que aquela Declaração Universal já pertence ao Direito Internacional geral ou comum”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, p. 203.

⁵¹ Sufraga com a mesma opinião, Gomes Canotilho em Canotilho, J.J. Gomes, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 6.ª ed., op cit., pp. 232-233: “*os direitos fundamentais tal como estruturam o Estado de direito no plano interno, surgem também, nas vestes de direito humanos ou direitos do homem, como um núcleo básico do Direito Internacional vinculativo das ordens jurídicas internas. Estado de direito é o Estado que respeita e cumpre os direitos do homem consagrados nos grandes pactos internacionais*”, Referenciado por Justino Felisberto Justino, *Regime Jurídico do acesso de cidadão à justiça Constitucional moçambicana*, 2018, p. 203.

conforme à Constituição da República de Moçambique, mas esta àquela;⁵²

O facto dessas normas do DIP Geral, concretamente, as normas do *iuscogens*, não só, não poderem ser alteradas da forma diferente, a da sua criação, mas, também, se imporem aos Estados e outros sujeitos do DIP, independentemente, da ratificação destes, mostra o carácter supra-constitucional das mesmas;⁵³

O facto da violação dessas normas e princípios do DIP geral pelo Estado, através da sua Constituição, poder originar a responsabilidade internacional do Estado, se tiver actuando conforme tal norma constitucional,⁵⁴ mostra quão superiores são as normas do DIP geral à Constituição da República de Moçambique;⁵⁵

A vigência interna do DIP convencional ou particular,⁵⁶ que integra os tratados e acordos internacionais está dependente da ratificação de cada Estado, fazendo, por isso, sentido que este direito seja infraconstitucional. Essa é a posição assumida pelo n.º 1 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique. É claro, que essa conclusão não é absoluta, pois há tratados convencionais que, apesar de vigorarem na ordem interna depois da sua ratificação e publicação, não são infraconstitucionais, é o caso da CADPH e do Acto Constitutivo da UA. Contudo, o facto da generalidade dos tratados e dos acordos internacionais poderem ser denunciados e sujeitarem-se a ratificação nos termos da Constituição da República de Moçambique⁵⁷ demonstra a posição infraconstitucional das normas do DIP convencional.⁵⁸

Não comungamos da posição supra, defendida por Justino Felisberto Justino, pois considera-se que à vista desarmada, o Legislador Constituinte ao se referir na epígrafe do artigo 18, Direito Internacional, e ao adoptar no n.º 2 do mesmo artigo a expressão, "normas do direito internacional", incluem todas as normas de direito internacional, abrangendo o Direito

⁵²Idem, P. 204

⁵³Idem.

⁵⁴Também assim, entendem André e Fausto Pereira em Pereira, André Gonçalves, Quadros, Fausto, op. cit. Pp. 284-285, "a sanção para qualquer norma (artigos 53.º e 64.º da CV só se referem aos tratados porque só deles se ocupa aquela convenção) que ofenda uma regra *jus cogens* é, nos termos daqueles preceitos, a nulidade. Já na CDI, na fase preparatória da CV, ficara claro que o Estado que viole o *jus cogens* e se constitui em responsabilidade internacional, que fundamenta a adopção, pelos outros Estados de medida de retorsão e represálias". Citado por Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico de acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana*, P 2018, p. 204.

⁵⁵Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico de acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana*, 2018, P 204.

⁵⁶Segundo Albino Soares em Soares, Albino de Azevedo, op. cit., p. 97, "Direito Internacional convencional (direito emergente de tratados solenes e de acordos em forma simplificada) ", Citado por Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça constitucional moçambicana*, 2018, P. 207.

⁵⁷ Cf. Artigos 179.º, n.º 2 t) e 204.º, n.º 1, g) da CRM, Citado por Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça constitucional moçambicana*, 2018, P. 207.

⁵⁸Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do Acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicana*, 2018, P 207.

Internacional Público comum ou geral, situação diferente do n.º 1 da mesma disposição constitucional, onde o Legislador Constituinte querendo referir-se ao Direito Internacional Convencional ou particular adoptou a terminologia, "tratados e acordos internacionais".

Neste sentido concordamos com Fernando Loureiro Bastos, quando defende a tese de que o legislador constituinte moçambicano ao utilizar a expressão "normas de direito internacional", em contraponto a "tratados e acordos internacionais pretende abranger, em termos genéricos, todas as fontes de Direito Internacional existentes."⁵⁹ Nestes termos, a República de Moçambique reconhece a potencialidade da incorporação na sua ordem interna das "normas internacionais" que possam ser encontrados no Direito Internacional nomeadamente em costumes internacionais, em tratados e em acordos internacionais, e em actos de direito derivados emitidos no âmbito das organizações internacionais de que seja membro.⁶⁰

Uma concretização desta orientação pode ser encontrada no n.º 2 do artigo 132 (Banco Central), ao ser estabelecido que o "funcionamento do Banco de Moçambique rege-se por lei própria e por normas internacionais a que a República de Moçambique esteja vinculada e lhe sejam aplicáveis".⁶¹ Com efeito, tendo em consideração o internacional recurso à expressão "normas internacionais", em alternativa a "tratado ou acordo internacional", o legislador constituinte assegurou a cobertura constitucional adequada à produção de efeitos internos dos actos de direito derivado de qualquer entidade de integração regional económica, política ou jurídica em que participe.⁶²

Com efeito, como afirma Fernando Loureiro Bastos, o n.º 2 do artigo 18 é uma concretização do n.º 4 do artigo 2 (soberania e legalidade), onde se prevê em termos gerais que as "normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico."⁶³ Daqui resulta que, ao recorrer à expressão genérica "normas de direito internacional", o legislador constituinte estava intencionalmente a determinar a subordinação ao texto constitucional de todas as fontes de Direito Internacional passíveis de produzir efeitos internamente.⁶⁴

Reforçamos ainda a tese defendida por Francisco Pereira Coutinho, e sufragada segunda a qual, as normas de direito internacional integram a ordem jurídica moçambicana e tornam inaplicáveis

⁵⁹Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional*, 2016, P. 26 e 27.

⁶⁰Idem.

⁶¹Idem.

⁶²Idem.

⁶³Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

⁶⁴Idem.

de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, quaisquer normas constantes de actos legislativos anteriores que lhes sejam contrárias.⁶⁵ E ainda segundo Francisco Pereira Coutinho, “o inverso também ocorre: normas previstas em actos legislativos afastam, desde o momento da sua entrada em vigor, a aplicação de normas internacionais anteriores que sejam contrárias”.⁶⁶

Com efeito, estabelece o artigo 26 da Convenção internacional sobre Direito dos Tratados que *Pacta sunt servanda*, que as partes devem actuar de boa-fé.⁶⁷ Por seu turno, o artigo 27.º da mesma convenção estatui que nenhum Estado pode invocar o seu direito interno para violar ou furtar-se ao cumprimento de um tratado internacional.⁶⁸

Não perfilhamos a opinião de Fernando Bastos Loureiro, segundo a qual, “a posição tomada pelo legislador constituinte nesta matéria representa uma opção surpreendente”,⁶⁹ na medida em que é incompatível com as características do Direito Internacional e inadequada à inserção da República de Moçambique na comunidade internacional.⁷⁰

Segundo Fernando Bastos Loureiro a posição “do legislador constituinte moçambicano é de uma banda, incompatível com as características do Direito Internacional, na medida em que não tem em devida consideração a multiplicação das fontes do Direito Internacional contemporâneo a que Moçambique está sujeito independentemente de uma manifestação de vontade concordante, com destaque para as normas de *iuscogens*, o costume internacional, e algumas resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas”. Por esta perspectiva, numa visão não estritamente jus internacional⁷¹ está numa situação de particular incongruência relativamente

⁶⁵ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 239.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ Idem.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ *A opção assumida pela Constituição da República de Moçambique de 2004 é ainda mais surpreendente se tiver em consideração o n.º 4 do artigo 12.º (Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna) da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, em conformidade com o qual “[a]s normas e os princípios do Direito Internacional geral ou comum e do Direito Internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional”,* Citado por Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em [www. Fd. Ulisboa. PT](http://www.fdu.ulisboa.pt), consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

⁷⁰ *Nesse âmbito merece particular destaque o n.º 3 do artigo 12.º (Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna) da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, em conformidade com o qual “[o]s actos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas”,* Citado por Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2010.

⁷¹ *Nesse sentido, deve ser recordada a proclamação constante do artigo 3.º, em conformidade com a qual a “República de Moçambique é um Estado de direito baseado (...) no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem”,* Citado por Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição Moçambicano*, de 2004, 2010.

ao artigo 43.º (Interpretação dos direitos fundamentais) da mesma Constituição, na medida em que esta norma constitucional determina que os “preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos”.⁷²

Além disso, ainda de acordo com Fernando Bastos Loureiro, está em manifesta contradição com o modelo de produção normativa que tem vindo a ser adoptado pelas entidades regionais de integração económica, política e jurídica, qualquer que seja o espaço geográfico que esteja a ser considerado. Com efeito, numa situação de confronto com o direito derivado emitido por essas organizações internacionais, com particular destaque para aquelas em que haja aplicabilidade directa, a ordem jurídica moçambicana está permanentemente em risco de violar os compromissos internacionais que voluntariamente assumiu.⁷³

Concluindo Fernando Loureiro Bastos, considera ainda que é, além disso, da outra banda, inadequada à inserção da República de Moçambique na comunidade internacional, estando em completa contradição com a enunciação generosa e aberta de princípios ou orientações de actuação internacional, tal como esta se encontra exposta nos artigos 17, 19, 20, 21 e 22. Nesse sentido, importa recordar a afirmação de que a “República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta da Organização das Nações Unidas e da Carta da União Africana”.⁷⁴

Sufragamos a posição de Francisco Pereira Coutinho, segundo a qual a atribuição de uma posição infraconstitucional ao direito internacional não pode ser tida como surpreendente, pois esta continua a constituir a regra no direito comparado.⁷⁵ A afirmação do primado constitucional é

⁷² *Nesse âmbito merece particular destaque o n.º 3 do artigo 12.º (Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna) da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, em conformidade com o qual “[o]s actos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas”, Citado por Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.fed.ulisboa.pt, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.*

⁷³ *Nesse âmbito merece particular destaque o n.º 3 do artigo 12.º (Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna) da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, em conformidade com o qual “[o]s actos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas”, Citado por Fernando Loureiro Bastos, o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 26, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.fed.ulisboa.pt, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.*

⁷⁴ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007, P. 238, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.fed.ulisboa.pt, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.*

⁷⁵ Anne Peters, “*The Globalization of state constitutions*”, in Janne Nijman e André Nollka emper, *New Perspectives*

matizada pelo alçandorar para o plano supra-constitucional da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (art. 43 da CRM) e para o nível constitucional de várias normas e princípios de *iuscogens* (arts. 17, 19, 20 e 22 da Constituição da República de Moçambique). O que verdadeiramente surpreende, se tomarmos como termo de comparação constituições adoptadas recentemente, é a não atribuição ao direito internacional de natureza supra-legal.⁷⁶ À luz do número crescente de obrigações internacionais assumidas por via convencional pelos Estados, a equiparação hierárquica das convenções internacionais aos actos legislativos e regulamentares potencia o risco de violação de obrigações assumidas internacionalmente pelo Estado moçambicano.⁷⁷

Esta posição é também corroborada por Gilles Cistac que a considera ser conforme a prática internacional nesta matéria. Fora do caso das Constituições dos Países Baixos que prevê claramente a supremacia do Direito Internacional em relação às suas disposições,⁷⁸ nos outros casos, quando existe uma situação de contrariedade entre o Direito Internacional e a Constituição, “*trata-se de um obstáculo dirimente à aplicação do direito internacional*”.⁷⁹

Segundo Francisco Pereira Coutinho, a atribuição de natureza para-legal às normas de direito internacional pode, em todo o caso, ser explicada como um mecanismo de defesa contra uma ordem jurídica que continua a ser identificada como mantendo ainda estruturalmente uma natureza de direito público europeu com pretensões hegemónicas e neo-coloniais:⁸⁰

“Existe uma certa resistência por parte do legislador moçambicano, no tocante ao acolhimento do Direito Internacional. Esta resistência parece justificar-se pela necessidade de preservar o

on the Divide between National and International Law, Oxford University Press, 2007, p. 259, citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

⁷⁶ Vladlen S. Vereshtin, “*New Constitutions and the Old Problem of the Relationship Between International Law and National Law*”, *European Journal of International Law*, 7, 1996, p. 37. citado por Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídico Moçambicana*, 2018, p. 238.

⁷⁷ Nesse âmbito merece particular destaque o n.º 3 do artigo 12.º (Recepção dos tratados e acordos na ordem jurídica interna) da Constituição da República de Cabo Verde de 1992, em conformidade com o qual “[o]s actos jurídicos emanados dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas”, Citado por Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2010.

⁷⁸ Artigo 94.º da Constituição, Citado por CISTAC Gilles, “*A questão do Direito Internacional no ordenamento Jurídico da República de Moçambique*”, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2004, Volume VI, P. 49.

⁷⁹ CARREAU D., *Droit international*, op. cit., n.º 1225. Vide por exemplo, o artigo 231.º (40.º da Constituição sul-africana: “*Any International Agreement becomes law in the Republic when its enacted into law by national legislation; but a self-executing provision of an agreement that has been approved by Parliament is law in the Republic unless it is inconsistent with the Constitution or an Act of Parliament*”. Vide ROY P., *La Guinée à l'aube de l'État de Droit* (La loi Fondamentale du 31 décembre 1990, Pénant, 1992, p. 153, Citado por Gilles Cistac, *A questão do Direito Internacional no ordenamento Jurídico da República de Moçambique*, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2004, Volume VI, P. 49.

⁸⁰ Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 2018, P. 258.

monismo jurídico. Isto é, a necessidade de querer manter a arquitectura do sistema jurídico, com o intuito de lograr a estabilidade, a coerência e a harmonia interna do sistema. Por outro lado, esta resistência encontra as suas raízes mais profundas no espírito soberano e na autodeterminação dos povos colonizados e escravizados – a aversão a uma nova tendência neo-colonialista e capitalista. Não obstante a sua integração internacional e a sua abertura à globalização, o legislador moçambicano continua fortemente e negativamente marcado pelo Direito Estrangeiro – Direito Internacional Clássico – que lhe fora imposto ao longo de muitos séculos e que constitui hoje símbolo de servidão”.⁸¹

Concordamos com Francisco Pereira Coutinho, quando defende que a localização do direito internacional no patamar infraconstitucional constitui um corolário do princípio da constitucionalidade, do qual decorre que as “normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico” (n.º 4 do art. 2 da Constituição da República de Moçambique).⁸²

Contudo, a afirmação de superioridade normativa da Constituição face ao direito internacional não é – nem podia ser – absoluta.⁸³ Um dos efeitos do processo de globalização observado nas últimas décadas é a importação para as constituições nacionais de princípios estruturantes de uma ordem jurídica internacional que deixou de estar exclusivamente centrada no paradigma vestefaliano da igualdade soberana entre Estados.⁸⁴ A legitimidade internacional das comunidades políticas estaduais está hoje dependente do reconhecimento constitucional interno dos princípios democrático e da protecção dos direitos humanos.⁸⁵ Estes princípios constituem manifestações de um constitucionalismo internacional em gestação que se materializa nas chamadas normas imperativas de direito internacional geral ou de *iuscogens*, as quais funcionam como limites heterónimos ao próprio poder constituinte interno.⁸⁶

⁸¹Henriques José Henriques, “*A europeização indirecta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula*, Citado por CISTAC Gilles, *A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*, ” in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 4, 2004, P. 15.

⁸²Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 236.

⁸³Idem.

⁸⁴Samantha Besson, “Sovereignty”, in Rüdiger Wolfrum, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford Public International Law (<http://opil.ouplaw.com>), 2011, pp. 48- 49, Citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

⁸⁵Tal como explica Anne Peters, “*The Globalization of state constitutions*”, cit., p. 45, estes princípios forjaram-se no constitucionalismo nacional, foram exportados para a ordem jurídica internacional e mais recentemente reimportados para as constituições nacionais. Este fenómeno tem como efeito uma convergência “vertical” do direito constitucional e internacional: por outras palavras, a globalização das constituições nacional e a constitucionalização do direito internacional (ou global)” (ibidem), Citado por Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

⁸⁶Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

O direito internacional foi colocado pela Constituição da República de Moçambique no mesmo patamar hierárquico dos actos normativos da Assembleia da República ou do Governo. Estes, de acordo com o artigo 143 Constituição da República de Moçambique, incluem actos legislativos (leis da Assembleia da República e decretos-leis do Governo), regulamentares (decretos do Governo) e políticos (moções e resoluções da Assembleia da República).⁸⁷ Uma vez que os tratados e os acordos se distinguem por terem como objecto, respectivamente, matérias que internamente são reguladas por acto legislativo e regulamentar (v. *supra* resposta à questão 1.1.), por força do princípio *lex posterior derogatlex priori* os tratados não prevalecem sobre leis ou decretos-lei e os acordos não prevalecem sobre leis, decretos-leis ou decretos do Governo que tenham iniciado a sua vigência em momento posterior.⁸⁸ Normas oriundas de outras fontes internacionais podem também ser afastadas pela entrada em vigor de lei, decreto-lei ou decreto do Governo que inclua disposições incompatíveis.⁸⁹

Adensa ainda a nossa convicção, a posição defendida por Armando César Dimande, para o qual, da interpretação do disposto no n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique, resulta claro que em Moçambique vigora o sistema de recepção infraconstitucional dos tratados internacionais o que significa que a Constituição da República representa o fundamento de toda a ordem jurídica interna e, por isso, não há prevalência nem equivalência de outra fonte mesmo tratando-se de uma fonte internacional, sobre a lei constitucional.⁹⁰

Contudo, há que salientar que com este posicionamento hierárquico do direito internacional na ordem jurídica interna, concordamos com Francisco Pereira Coutinho que o risco de violação do princípio de direito internacional *pacta sunt servanda* (artigo 26.º da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados) apresenta na ordem jurídica moçambicana grau máximo.⁹¹ A responsabilidade internacional do Estado moçambicano está à distância da aprovação de uma lei pela Assembleia da República ou de um decreto-lei ou decreto pelo Governo que inclua, ainda que inadvertidamente, disposições contrárias a obrigações internacionais do Estado moçambicano.⁹²

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Idem.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Armando C. Dimande, *os tratados internacionais na ordem jurídico moçambicano*, in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Vol. II, Junho de 1997, P. 85.

⁹¹ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Publico nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 240.

⁹² Uma forma artilosa de evitar esta responsabilidade será a de a própria legislação ordinária prever o primado das normas de direito internacional potencialmente conflituantes. Henriques José Henriques, “*A europeização indirecta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula internacional*”, in António Chuva et al., *Estudos de direito constitucional moçambicano: contributos para reflexão*, CFJJ, 2012, p. 158, alude, a este propósito, ao art. 67.º da Lei de Arbitragem, Conciliação e Mediação (Lei n.º 11/99, de 8 de Julho), que dispõe “*os acordos ou convenções*

A Constituição da República estabelece no n.º 4 do artigo 2 que, "as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico." Esta disposição fixa o princípio da Constitucionalidade e conseqüentemente a supremacia da Constituição.

Quando o legislador constituinte diz, "restantes normas do ordenamento Jurídico", estarão ou não abrangidas normas do direito internacional?

Em nosso entender estão abrangidas todas as normas de Direito Internacional, pois as normas de direito internacional, uma vez recebidas e em vigor na ordem jurídica moçambicana, são integradas como parte do ordenamento jurídico e por isso também normas do ordenamento jurídico. Ademais ao adoptar a expressão "todas as restantes normas de ordenamento jurídico, o legislador constituinte não faz uma discriminação e normas, quis sim incluir todas as normas em vigor no ordenamento jurídico moçambicano."

De acordo com Justino Felisberto Justino, considerando que "a ordem jurídica moçambicana é constituída por normas estaduais, emanadas pelos competentes órgãos do Estado Moçambicano, e que as normas do DIP são emanadas de órgãos ou de entidades distintas daqueles que produzem normas jurídicas no ordenamento interno, atendendo que as normas do DIP vigoram em mais de um ordenamento jurídico estadual, conclui-se que a expressão contida no n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique não inclui as normas do DIP".⁹³

Esta conclusão, segundo Justino Felisberto Justino, é reforçada pelo n.º 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique que, estabelece que "os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial enquanto vincularem internacionalmente o Estado moçambicano."⁹⁴ Este preceito, ao estatuir que "os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem moçambicana", dele se infere que os tratados e acordos internacionais apenas vigoram na ordem interna, entretanto, não pertencem á esta ordem; aliás, a condição para a sua vigência em Moçambique, não é a sua produção pelo Estado Moçambicano, mas, sim, a sua aprovação, ratificação e publicação oficial.⁹⁵

multilaterais ou bilaterais celebrados pelo Estado de Moçambique no âmbito da arbitragem, conciliação e mediação prevalecem sobre as disposições da presente lei", citado por Coutinho, Francisco Pereira, o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 238.

⁹³ Justino Felisberto Justino, *o Regime Jurídico do acesso de cidadãos à Justiça Constitucional Moçambicano*, 2018, P. 197.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

O mesmo preceito ao referir que “enquanto vincularem internacionalmente o Estado Moçambicano”, permite deduzir que os tratados e acordos internacionais são efectivamente produzidos pelo ordenamento internacional, pela Comunidade Internacional.⁹⁶

Ademais, a interpretação das normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais em harmonia com a DU e com a CADHP (cf. artigo 43 da CRM), exprime um reconhecimento constitucional de que apesar da DU e da CADHP vigorarem em Moçambique, não pertencem á ordem jurídica moçambicana, pois até, a própria ordem interna deverá, no atinente aos direitos fundamentais, ser interpretada em conformidade com aqueles instrumentos do DIP.⁹⁷

Mais ainda, ao estabelecer, o n.º 2 do artigo 17 da Constituição da República de Moçambique, que “a República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da Carta das Nações Unidas e da Carta da União Africana”, significa que a ordem jurídica interna se vincula aos princípios constantes daqueles instrumentos do DIP.

Por tudo isto, Justino Felisberto Justino considera que, a expressão ordenamento jurídico constante do n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique, não abrange as normas do DIP, por isso, a discussão em volta do valor das normas do DIP no ordenamento jurídico moçambicano, não terá como ponto de referência o n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique, justificando-se por conseguinte, a identificação da posição ou do valor das normas do DIP na ordem jurídica interna.⁹⁸

O texto constitucional não prevê nenhuma discriminação entre as normas, pelo contrário, utiliza os termos “todas as restantes normas” segundo o princípio geral de interpretação *Ubi lex non distinguit, nec non distinguere debemus*, pode deduzir-se que são todas as outras normas do ordenamento jurídico que são abrangidas, isto é, as normas de uma natureza convencional – as convenções internacionais fazem parte integrante da ordem jurídica nacional, mas com actos de carácter internacional e “contratual” –, que qualquer que seja o tipo de convenções.⁹⁹ Se o constituinte moçambicano teve a intenção de instituir um regime derogatório por algumas convenções internacionais parece seguro que ele podia fazer e instituí-lo; mas ele não o fez porque ele queria consagrar a Constituição como Lei Fundamental.¹⁰⁰

A Constituição da República representa, pois, a fonte mais elevada na hierarquia das fontes do ordenamento jurídico interno, porque é a Lei Fundamental que estabelece a competência de todas

⁹⁶ Idem.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

as autoridades públicas e porque, também, é a Constituição que consagra os princípios fundamentais da ordem jurídica que devem governar toda a dinâmica da produção do direito em geral no ordenamento jurídico interno.¹⁰¹ O n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República institui formalmente esta primazia.¹⁰²

Portanto entendemos que as normas do direito internacional assumem uma posição infraconstitucional na ordem jurídica moçambicana com fundamento em dois comandos constitucionais designadamente:

- ¾ Primeiro, o n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique que dispõe que as normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanadas da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção;
- ¾ Segundo, o n.º 4 do artigo 2 que estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

A sujeição de todas as normas às normas constitucionais permite manter a coerência mínima de um sistema jurídico fazendo prevalecer um conjunto de regras e princípios que um Estado soberano entende fazer respeitar como representativos dos seus interesses vitais, as suas tradições nacionais, as mais profundas sobre o plano moral, ético, filosófico, jurídico e económico, isto é, o seu pacto social.¹⁰³

Uma outra razão de oportunidade, esta ligada ao próprio processo de produção do Direito Internacional clássico. Existe uma certa contestação dos Estados africanos em relação a um Direito Internacional clássico que foi elaborado fora deles e que ficou, durante muito tempo, simbólico da sua servidão.¹⁰⁴ Isto exprimiu-se por uma recusa de reconhecer o Direito Internacional na sua globalidade.¹⁰⁵ A Constituição pode permitir, neste sentido, construir uma aproximação selectiva e discriminatório das normas internacionais.¹⁰⁶

¹⁰¹ CISTAC Gilles, "*A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume IV, 2004, P.

¹⁰² Idem.

¹⁰³ CISTAC Gilles, "*A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume 6, 2004, P. 50.

¹⁰⁴ CISTAC, Gilles "*Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, 2004, volume VI, P.51.

¹⁰⁵ ASLLA, "*Le droit international dans les nouvelles constitutions africaines*," *RJPIC*, n.º 3, 199, P. 341, Citado por CISTAC Gilles, "*A Questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*," in Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume IV, 2004, P. 51.

¹⁰⁶ Vide, por exemplo, Artigo 145.º da Constituição da Namíbia de 1990, Citado por CISTAC, Gilles, "*A Questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique*," Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, Volume IV, 2004, P. 51.

4.DIREITO INTERNACIONALE CONTROLO DA CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o disposto no artigo 3 da Constituição da República, a República de Moçambique é um Estado de Direito baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garante dos direitos e liberdades fundamentais do Homem.

Um dos meios de garantia e materialização do Estado de Direito e dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão é o controlo da Constitucionalidade dos actos dos órgãos do Estado.

Como forma de assegurar a supremacia da Constituição e a constitucionalidade dos actos do poder político, a Constituição da República, estabelece no n.º 3 do artigo 2 que o Estado subordina-se à Constituição e funda-se na legalidade e no número 4 da mesma disposição constitucional estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

Em face do disposto no supracitado n.º 4 do artigo 2, coloca-se a questão de compreender, se ao se estabelecer que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico, estariam também abrangidas as normas do direito internacional em vigor na ordem jurídica moçambicana? Ou seja as normas de direito Internacional recebidas na ordem interna fazem também parte do ordenamento jurídico moçambicano?

A propósito da resposta a questão supracitada, por Filomeno Rodrigues, afirma que, "obviamente que dizendo o artigo 18 da Constituição que os «tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem Jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique» e o n.º 2 que diz que «as normas de direito internacional tem na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção» não descortinamos como possa haver fiscalização preventiva da legalidade desses tratados e acordos. Além das questões de responsabilização do Estado que assume compromissos internacionais, para posteriormente fiscalizar a sua legalidade."¹⁰⁷

Continua Filomeno Rodrigues, afirmando que, "a este respeito Fernando Lourenço Bastos aponta a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao

¹⁰⁷ Filomeno Rodrigues, *A Justiça Constitucional Moçambicana: Um breve olhar sobre a Jurisprudência do Conselho Constitucional*, 2017, P. 169-170.

texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 214 (Inconstitucionalidade) determina que «[in] nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição», sem que seja feita qualquer referencia a "normas internacionais" ou a fontes de Direito Internacional.¹⁰⁸ No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 245 (solicitação a apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da inconstitucionalidade das leis e da ilegalidade dos demais actos normativos.¹⁰⁹

Refere ainda Filomeno Rodrigues " que a posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da Constitucionalidade, que seria o mecanismo mais adequado a fazer respeitar o posicionamento infraconstitucional do Direito Internacional na ordem Jurídica moçambicana." ¹¹⁰ No n.º 1 do artigo 246, com efeito a sua utilização esta limitado ao direito interno, na medida em que se estabelece que o "Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação."¹¹¹

Embora considere que não há uma previsão constitucional para a fiscalização preventiva do Direito Internacional, Filomeno Rodrigues, reconhece que " a fiscalização preventiva do direito internacional, seriam também proporcionadora de um debate alargado sobre as opções do Estado Moçambicano no panorama internacional, cujos instrumentos muitas vezes são ratificados, sem o devido envolvimento dos cidadãos."¹¹² Esta omissão também constitui um factor construtivo da "quase completa " inércia da Justiça Constitucional Moçambicana, que passados 25 anos necessita de um de um revigorar de forças na constituição do Estado de Direito Democrático.¹¹³

Não perfilhamos o mesmo entendimento que julgamos, que resulta de uma interpretação meramente literal, de que a expressão ordenamento Jurídico, não abranja as normas do DIP, pois o ordenamento Jurídico é uma unidade sistemática e integrada que é constituída por um conjunto de normas (e não somatório), provenientes de uma pluralidade de fontes, desde as supra-estaduais (supranacionais), aos estaduais (emanadas pelos órgãos do Estado-administração) e de fontes intra-estaduais (órgãos de governação descentralizada, autarquias locais, e outras pessoas públicas dotadas de poder normativo).

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Idem.

¹¹¹ Idem.

¹¹² Idem.

¹¹³ Idem.

Neste contexto, entendemos que todas as normas de direito internacional em vigor na Ordem Jurídica Moçambicana, fazem parte do ordenamento jurídico nacional desde que estejam devidamente acolhidas na ordem jurídica interna e vincularem internacionalmente o Estado moçambicano. A este propósito, foi feliz o legislador Constituinte Português consagra expressamente no n.º 1 do artigo 8 que "as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. Neste sentido julgamos que ainda que não esteja expressamente previsto na Constituição da República de Moçambique, as normas de direito internacional estão sujeitas ao controlo da constitucionalidade, como um dos mecanismos de garantia da integridade, coerência, harmonia e da unidade do ordenamento Jurídico.

Neste sentido, concordamos com Francisco Pereira Coutinho, quando defende a posição de que as normas de direito internacional integram a ordem jurídica moçambicana e tornam inaplicáveis de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor quaisquer normas constantes de actos legislativos anteriores que lhes sejam contrárias e o inverso também ocorre: normas previstas em actos legislativos afastam, desde o momento da sua entrada em vigor, a aplicação de normas internacionais anteriores que lhes sejam contrárias, embora esta opção do legislador constituinte moçambicano tenha um grau máximo de risco de violação do princípio de direito internacional *pacta sunt servanda* (artigo 26 da Constituição de Viena sobre Direito dos Tratados).¹¹⁴

No mesmo diapasão, Fernando Loureiro Bastos, entende que o legislador constituinte moçambicano ao empregar a expressão "normas de direito internacional", em contraponto a "tratados e acordos internacionais" pretendeu abranger, em termos genéricos, todas as fontes de Direito Internacional existentes. Nestes termos, afirma Fernando Loureiro Bastos, Moçambique reconhece a potencialidade da incorporação na sua ordem interna das "normas internacionais" que possam ser encontradas no Direito Internacional, nomeadamente em costumes internacionais, em tratados, em acordos internacionais e em actos de direito derivado emitido no âmbito das organizações internacionais de que seja membro.¹¹⁵

¹¹⁴ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 239.

¹¹⁵ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007*, P., Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

Entendemos pois que nenhuma norma jurídica em vigor na ordem Jurídica Moçambicana, se isentado controlo da sua constitucionalidade, pois como afirma Jorge Bacelar Gouveia, do ponto de vista de protecção da ordem Constitucional, o que é também, designado na esteira da respectiva expressão francesa, por "bloco da constitucionalidade, a fiscalização da constitucionalidade assume-se como total, pois que tudo o que ali se integra-os princípios e as normas constitucionais – serve de parâmetro aferidor do respectivo juízo Jurisdicional".¹¹⁶

Que assim é, confirma-o a presença de dois preceitos constitucionais, que unanimemente apontam no sentido da coincidência do parâmetro da constitucionalidade com o bloco da constitucionalidade:¹¹⁷

- ¾ A formulação do princípio da constitucionalidade: "As normas Constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico;"
- ¾ A proibição de os tribunais aplicar normas inconstitucionais: "Nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição".

4.1 FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA CONCRETA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL

De acordo com o disposto no artigo 213.º da Constituição da República, "nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou principais que ofendam a Constituição. " Poderão os tribunais, à luz do supra exposto (no artigo 213 da CRM), recusar a aplicação de normas do direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade? Estarão as normas de direito internacional abrangida no conceito de leis ou princípios que ofendam a Constituição? Serão as normas do direito internacional passíveis de fiscalização concreta da Constitucionalidade?

A Constituição da República não prevê literalmente a possibilidade de submissão das normas de direito internacional à fiscalização concreta da Constitucionalidade.

Será que o facto de a Constituição da República de Moçambique, não conter textualmente uma disposição atinente a previsão da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas de direito internacional, significara a inadmissibilidade de fiscalização concreta das normas de direito internacional?

¹¹⁶ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, Pag. 542.

¹¹⁷ Idem.

Não perfilhamos, a este respeito, da posição defendida por Fernando Loureiro Bastos, segundo a qual não é possível a fiscalização da constitucionalidade das normas de direito internacional, por falta de previsão constitucional. Com efeito, Fernando Loureiro Bastos refere que, "a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213 (Inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição, sem que seja feita qualquer referência a "normas internacionais" ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244 (solicitação de apreciação da inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da "inconstitucionalidade das leis" e da ilegalidade dos demais actos normativos."¹¹⁸

Concordamos com a posição de Francisco Pereira Coutinho, segundo a qual, " não parece, admissível retirar de um argumento a contrário senso uma habilitação geral para os tribunais violarem a Constituição sempre que aplicarem o direito internacional, uma vez que isso violaria o princípio da Constitucionalidade."¹¹⁹ Acresce que tudo leva a crer que, neste preceito da Constituição e também noutros (V.g. o n.º 1 do art. 244), o legislador constituinte utilizou o vocábulo "leis" com o sentido material amplo de " normas".¹²⁰ Uma interpretação restritiva que circunscrevesse o alcance da disposição as "leis em sentido formal" da Assembleia da República seria contrária ao ratio desta disposição que consiste em impedir a aplicação de normas inconstitucionais nos efeitos submetidos a julgamentos.¹²¹

Neste prisma sufragamos a tese assumida por Francisco Pereira Coutinho, de que o n.º 4 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique, atribui inequivocamente aos tribunais a competência para afastar normas internacionais que considerem inconstitucionais, cabendo ao Conselho Constitucional a última palavra, pois devem-lhe ser obrigatoriamente remetidas as decisões judiciais que recusem "a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade" (al. a, n.º 1 do art. 246 da CRM).¹²²

A Constituição da República de Moçambique habilita cada juiz a tomar sozinho decisões tão delicadas como a de desaplicação da lei que repute inconstitucional nos casos concretos

¹¹⁸ Idem.

¹¹⁹ Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 28, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

chamados a resolver (artigo 213 da CRM).¹²³ Reconhece-lhes também a função “de garantir o respeito pelas leis”(n.º 1 do artigo 212 da CRM) e penalizar “as violações da legalidade” (n.º 2 do artigo 212 da CRM). O bloco da legalidade a que se refere a Constituição deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a incluir o direito internacional que tenha sido incorporado na ordem jurídica interna nos termos do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique.¹²⁴

A aplicação do direito internacional pelos juízes moçambicanos é controlada pelo Conselho Constitucional.¹²⁵ A Constituição da República de Moçambique prevê um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade do direito internacional, nos termos do qual devem ser remetidas obrigatoriamente para o Conselho Constitucional: i) as decisões judiciais que afastem a aplicação de normas de direito internacional com base na sua inconstitucionalidade (al. a, n.º 1 do artigo 247 da CRM); ii) as decisões judiciais insusceptíveis de recurso que recusem a aplicação de normas de direito internacional com fundamento na sua ilegalidade (al. b, n.º 1 do artigo 247 da CRM).¹²⁶

No caso em exame, constante do artigo 213 (Inconstitucionalidade), que dita a obrigação de os juízes nos feitos submetidos a julgamento não aplicarem leis ou princípios que ofendam a Constituição, trata-se, de lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa, pois não se compreenderia que somente as leis em sentido de lei da AR, isto é acto normativo editado pelo Parlamento de acordo com o procedimento constitucionalmente prescrito, estivessem sujeitas à conformação com a Constituição da República.¹²⁷

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da Constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional:

“É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas:¹²⁸

¾ "...os tribunais não podem aplicar leis ou princípios": mas os tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais?

¾ "...apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado": mas estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

¹²³ Idem.

¹²⁴ Idem.

¹²⁵ Idem.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Idem.

¹²⁸ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, P. 543.

A resposta é obviamente negativa e estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da constitucionalidade do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição.¹²⁹

4.2 FISCALIZAÇÃO SUCESSIVA E ABSTRACTA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS DO DIREITO INTERNACIONAL

Em sede da admissibilidade da fiscalização sucessiva e abstracta das normas de direito internacional recebidas na ordem jurídica interna, procuramos saber se o Conselho Constitucional pode efectuar a fiscalização geral sucessiva e abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional acolhidas no ordenamento jurídico nacional?

De acordo com Francisco Pereira Coutinho, “a supremacia das normas constitucionais permanecerá meramente teórica se não existirem mecanismos efectivos de fiscalização da constitucionalidade do direito internacional”.¹³⁰ Ora, em Moçambique, de acordo com Francisco Pereira Coutinho, a fiscalização abstracta da constitucionalidade circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional ao controlo da constitucionalidade de normas de direito interno:¹³¹ i) a fiscalização preventiva versa somente sobre leis da Assembleia da República que tenham sido enviados ao Presidente da República para promulgação (n.º 1 do art. 162 e o n.º 1 do art. 245 da CRM; ii) a fiscalização sucessiva apenas “pode ter por objecto quaisquer normas vigentes na ordem jurídica interna, desde que emanadas de órgãos do Estado.”

Duas questões urge suscitar face ao entendimento supra: primeiro será que o Conselho Constitucional só pode apenas fiscalizar a constitucionalidade de normas de direito interno? Segundo, será que o Conselho Constitucional só pode fiscalizar a constitucionalidade de normas emanadas por órgãos do Estado, ficando de fora as emanadas por órgãos intra-estaduais e supra-estaduais?

Num outro diapasão, Fernando Loureiro Bastos, alude à inadmissibilidade da fiscalização da constitucionalidade em decorrência da inexistência de controlo da constitucionalidade e de

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 236.

¹³¹ Idem.

legalidade do Direito Internacional, apresentado a sua posição nos termos seguintes:¹³² "a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213 (inconstitucionalidade) determina que «nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendem a Constituição, sem que seja feita qualquer referencia a “normas internacionais ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244 (solicitação de apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da «e da ilegalidade dos demais actos normativos... A posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da constitucionalidade.¹³³

Chegados aqui, ressalta as seguintes questões: Será que as normas de direito internacional não podem ser objecto de fiscalização sucessiva abstracta?

Será que o facto de não estar previsto literalmente a referencia às normas de direito internacional, ficam fora da orbita das normas passíveis de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade? Este entendimento não resultará de uma interpretação meramente literal?

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da Constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do direito internacional:

"É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas:¹³⁴

- ¾ "...os tribunais não podem aplicar leis ou princípios": mas os tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais?
- ¾ "...apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado": mas estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

¹³² Fernando Loureiro Bastos, *o Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007, P. 28, Texto Preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em www.Fd.Ulisboa.PT, consultado no dia 12 de Julho pelas 13 Horas e 30 minutos.

¹³³ Idem.

¹³⁴ Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015 P. 543.

A resposta é obviamente negativa e estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da constitucionalidade, do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição.¹³⁵

O n.º 1 do artigo 278 da Constituição Portuguesa dispõe expressamente que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

A Constituição Moçambicana é literalmente silenciosa quanto a admissibilidade de fiscalização da Constitucionalidade das normas de direito internacional.

Para a abordagem da questão é fundamental aferir quais são as matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade nos termos fixados pela Constituição da República?

Embora o Conselho Constitucional na prática mais se aproxime do modelo europeu¹³⁶ de fiscalização concreta, o seu controlo é apenas de normas e assenta nas mais das vezes em ponderações e harmonizações, o que é particularmente verdade quando estão em causa restrições a direitos fundamentais e estão envolvidos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Os actos normativos da alçada de fiscalização do Conselho Constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 243, do artigo 246, ambos da Constituição da República de Moçambique, e artigo 60 e seguintes, da Lei n.º 6/2006 de 2 de Agosto,¹³⁷ LOCC, são todos os actos normativos estabelecidos no artigo 142 da Constituição, isto é, os actos da Administração Pública, concretamente, além dos actos legislativos, os demais actos da Assembleia da República, nomeadamente moções e resoluções, os actos regulamentares do Governo, que revestem a forma de decreto, quer quando

¹³⁵ Idem.

¹³⁶ Em Novais, Jorge Reis, *Sistema Português de Fiscalização da Constitucionalidade — Avaliação Crítica*, cit., p. 48, ensina-se: «Enquanto o chamado modelo europeu de fiscalização os Tribunais Constitucionais tanto apreciam inconstitucionalidade de normas como de outros actos pretensamente violadores de direitos fundamentais e enquanto também no chamado modelo americano de fiscalização, os Supremos Tribunais dispõem de análogas possibilidade, o sistema português de fiscalização distingue-se, em primeiro lugar e sobretudo, por este facto: o objecto de fiscalização exercida pelo Tribunal Constitucional são sempre e só normas, nada mais.», Citado por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019, P. 210- 211.

¹³⁷ Boletim da República n.º 31, I Série, de 2 de Agosto, Citado por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicana*, 2019 P. 212.

determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e os actos do Governador do Banco de Moçambique, que revestem a forma de aviso. Neste conjunto de actos, integra-se também o decreto presidencial, forma que assumem os actos normativos do Presidente da República, conforme o artigo 157 da Constituição da República de Moçambique.¹³⁸

Do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 243 (Competências) parece delimitar-se a competência do Conselho Constitucional apenas à fiscalização da constitucionalidade das leis, enquanto os demais actos normativos estão sujeitos à fiscalização da legalidade. Porém, o artigo 246 da Constituição da República de Moçambique estabelece a obrigatoriedade da remessa ao Conselho Constitucional dos acórdãos e outras decisões com fundamento em inconstitucionalidade quando se recuse a aplicação de «qualquer norma»¹³⁹. O artigo 55 da Lei n.º 6/2006, de 2 de Agosto, LOCC, determina, ao regular o poder de cognição do Conselho Constitucional, que «este Órgão só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada»¹⁴⁰.

A conjugação dos preceitos acima indicados suscita-nos imediatamente as seguintes questões:¹⁴¹

- a) Sendo que a fiscalização da constitucionalidade se limita às «leis» (artigo 243), qual o alcance do estabelecido relativamente a «qualquer norma» (n.º 1 do artigo 246), ambos da Constituição da República de Moçambique?
- b) Por outro lado, ao deferir a questão de constitucionalidade para o Conselho Constitucional, o tribunal *a quo* observando o preceituado no artigo 246 da Constituição da República de Moçambique, onde se faz alusão à «recusa de aplicação de «qualquer norma» com fundamento na inconstitucionalidade, poderá fazê-lo, questionando a constitucionalidade de outros actos normativos, além dos estabelecidos no artigo 142 da Constituição da República de Moçambique, ou seja, as possíveis normas poderão abarcar também normas emanadas por outros órgãos que não só os órgãos da Administração Central do Estado?
- c) Qual o sentido de lei estabelecido no artigo 213 da Constituição da República de Moçambique? Terá sido intenção do legislador constituinte sujeitar a fiscalização concreta a «quaisquer normas» na ordem jurídica, seja qual for a sua natureza jurídica?
- d) Será líquido que somente as normas de conteúdo geral e abstracto podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade?

¹³⁸ Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano*, 2019, P 212.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Idem.

¹⁴¹ Idem, P. 213.

A norma sujeita à fiscalização pelo Conselho Constitucional «aparece sob a veste de um texto, de um preceito ou disposição (artigo, base, número, parágrafo, alínea) e é a partir dessa forma verbal que ela há-de ser encontrada, através de métodos hermenêuticos.»¹⁴² Contudo, o objecto de fiscalização de constitucionalidade são as normas jurídicas e não os preceitos normativos que as contêm.¹⁴³ Trata-se de dois conceitos que não coincidem. Uma norma sujeita à fiscalização de constitucionalidade pode resultar da conjugação de vários preceitos ou reportar-se apenas a parte de um preceito ou mesmo a um segmento ideal e um mesmo preceito pode conter várias normas.¹⁴⁴

Embora nos pareça ser uma «contrariedade», o estabelecimento de «lei», por um lado, e de «quaisquer normas», por outro, entendemos que essa foi inequivocamente a vontade do legislador ao abarcar a vastidão de diplomas legais de que o juiz se socorre para dirimir os litígios em julgamento, que não são apenas leis.¹⁴⁵

Este quadro legal é consentâneo com o plasmado no n.º 4 do artigo 2 (Soberania e legalidade) segundo o qual: «As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes do ordenamento jurídico». Portanto, são inadmissíveis actos normativos na ordem interna contrários à Constituição. Todas as normas contrárias à Constituição são inválidas e não podem ser aplicadas pelos tribunais e pela Administração Pública.¹⁴⁶

Esta amplitude dos actos normativos sindicáveis, «Quaisquer normas», é reforçada pela verificação de que a indicação dos actos normativos estabelecidos no artigo 142 da Constituição da República não é taxativa — abarca apenas os actos da Administração Pública central, ficando de fora os actos normativos, por exemplo, dos municípios, no âmbito do exercício do seu poder regulamentar (artigo 271 da Constituição da República de Moçambique) e outros que podem ditar normas de cumprimento obrigatório na sua jurisdição.¹⁴⁷

O controlo da constitucionalidade tem natureza estritamente normativa, incidindo a fiscalização da constitucionalidade necessariamente sobre normas, e nunca no processo constitucional como contencioso de decisões, independentemente da sua natureza. Citando Carlos do Rego:

¹⁴² Miranda, Jorge, *Manual de Direito Constitucional — Inconstitucionalidade e Garantia da Constituição*, cit., p. 192; Rui Medeiros, *A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, 2004, p. 186 e ss.; Alexandre, Isabel, *A norma Constitucional violada e o objecto do recurso de constitucionalidade*, Jurisdição Constitucional n.º 6, Abril-Junho 2005, AATRIC; Correia, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, cit., p. 166, referencia feita por Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, P214.

¹⁴³ Lúcia Ribeiro, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Moçambicano*, 2019, P. 214.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

«Neste sentido, devido à impossibilidade de se poder sindicar da possível e directa violação de direitos fundamentais, especificamente tutelados pela Constituição por concretos actos ou decisões, *maxime* do poder jurisdicional, é inexistente na ordem jurídica moçambicana, a figura do recurso de amparo ou queixa constitucional.»¹⁴⁸

Gomes Canotilho explica no que consiste uma norma ou acto normativo, no direito constitucional português, nas seguintes linhas orientadoras: «a qualificação como norma não depende, de qualquer forma (lei, regulamento) específica, mas da sua qualidade jurídica, ou seja, da sua natureza material», e «este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à ideia de norma como: (i) padrão de comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos». Assim, «em virtude da caracterização material das normas, como padrões e regras, excluem -se do conceito de actos normativos os actos concretos de aplicação dos mesmos (actos administrativos, sentenças judiciais)».¹⁴⁹

Elysa Vieira, debruçando-se sobre o princípio da igualdade, socorreu-se do direito português, a propósito do conceito de norma:

«Para efeitos de controlo de constitucionalidade, a norma é entendida numa perspectiva funcional, como toda e qualquer disposição (regra de conduta ou padrão de valoração de comportamentos) contida em acto legislativo independentemente do seu conteúdo material. Ou seja, a norma não é perspectivada no seu sentido puramente material (enquanto preceito geral e abstracto). Nela incluem-se os preceitos de carácter individual e concreto. Nesta base, todo o preceito, quer tenha carácter geral e abstracto quer carácter individual e concreto, inserido em acto legislativo é passível de controlo pelos órgãos específicos de fiscalização. Este conceito funcional de norma parte do enquadramento da função do Tribunal Constitucional como garante da conformidade constitucional do direito infraconstitucional.»¹⁵⁰

Já na vigência da Constituição da República de Moçambique de 2004, o Conselho Constitucional debruçou-se sobre o modo de incorporação e a posição hierárquica no esquema de fontes internas

¹⁴⁸ Rego, Carlos Lopes do, *O Objecto Idóneo dos Recursos de Fiscalização concreta da Constitucionalidade: A Interpretações Normativas Sindicáveis Pelo Tribunal Constitucional, Jurisprudência Constitucional, cit., p. 4, referência feita por Lúcia Ribeiro, Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema, 2019, p. 220.*

¹⁴⁹ Canotilho, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, cit., p. 932, referência feita por Lúcia Ribeiro, Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema, 2019, p. 220.*

¹⁵⁰ Vieira, Elysa, «Os Direitos Fundamentais na Perspectiva da Revisão Constitucional: Ampliação e Efectivação», *in Proposta de Revisão Constitucional para Boa Governança, Ciedima, Maputo 2011, p. 241, referência feita por Lúcia Ribeiro, Fiscalização da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A busca do sistema, 2019, p. 221.*

do direito internacional no acórdão n.º 04/CC/2009, de 17 de Março, proferido no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva suscitado pelo Presidente da República.¹⁵¹

Ao Conselho Constitucional foi pedido a pronúncia sobre a constitucionalidade de uma disposição de lei aprovada pela Assembleia da República que criava a Comissão Nacional dos Direitos Humanos e atribuía ao Presidente da República a competência para nomear o seu presidente e vice-presidente. Em causa estava, na opinião do Presidente da República, a violação do princípio da tipicidade das competências presidenciais previstas no art. 160 da Constituição da República de Moçambique.¹⁵²

Em parecer remetido ao Conselho Constitucional, a Comissão de Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República argumentou que a competência atribuída ao Presidente da República para nomear o presidente e o vice-presidente da Comissão decorria directamente da «“Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos”, a qual foi objecto de “...assinatura em reservas pela República de Moçambique”».¹⁵³

A ideia de que a “assinatura sem reservas pela República de Moçambique da Convenção de Paris sobre os Direitos Humanos” atribuiria competências ao Presidente da República não previstas na Constituição da República de Moçambique foi rejeitada pelo Conselho Constitucional nos seguintes termos:¹⁵⁴

«Em primeiro lugar, a Convenção que adopta os chamados "Princípios de Paris" não impõe uma determinada forma de designação dos titulares dos órgãos de direcção das Comissões Nacionais dos Direitos Humanos. Antes pelo contrario, sobre "Composição e garantias de independência e pluralismo" a Convenção preconiza a liberdade de critérios na opção pela forma de designação, ao prever, no seu n.º 1 que "A Composição da instituição nacional e a nomeação de seus membros quer através de eleições, ou de outros meios deve ser estabelecida de acordo com um procedimento que ofereça todas as garantias necessárias para assegurar a representação a representação pluralista...", e, no seu n.º 3, que "A nomeação de seus membros deve ser realizado através de actos oficiais, com especialização da duração do mandato, de modo a assegurar mandato estável, sem o que não pode haver independência..." Em segundo lugar, ainda que a Convenção estabelecesse uma determinada forma de designação da qual resultasse a atribuição de competências extra constitucionais ao Presidente da República, em observância do princípio

¹⁵¹ Coutinho, Francisco Pereira, *o Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho (Coord), *o Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008, p. 247.

¹⁵² Idem.

¹⁵³ Idem.

¹⁵⁴ Idem.

consagrado no n.º 2 do artigo 18 da Constituição, tal atribuição ficara sujeita ao controlo de constitucionalidade.»

Deste acórdão do Conselho Constitucional podem ser retiradas duas conclusões sobre a aplicação do direito internacional na ordem jurídica moçambicana: i) as normas de direito internacional ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional; e ii) estão sujeitas aos mecanismos de controlo de constitucionalidade previstos na Constituição da República de Moçambique, não estando excluída a possibilidade de fiscalização incidental da constitucionalidade de normas internacionais no âmbito de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas legislativas.¹⁵⁵

Outra conclusão que pode ser inferida deste processo diz respeito ao desconhecimento que provavelmente existe entre alguns juizes moçambicanos sobre a natureza jurídica do direito internacional.¹⁵⁶ Tanto a Assembleia da República como o Conselho Constitucional aludem a uma “Convenção de Paris sobre a criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos” e a uma “Convenção de Paris sobre Direitos Humanos” que teria sido objecto de “...assinatura em reservas pela República de Moçambique”.¹⁵⁷ Acontece que tal convenção simplesmente não existe. O que existe, e foi citado pelo Conselho Constitucional são os “Princípios relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris)”, adoptados pela Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de Dezembro de 1993.¹⁵⁸ Tratam-se, portanto, de normas de *softlaw* que não vinculam os Estados.¹⁵⁹

Portanto, consideramos que apesar de a Constituição da República, não prever textualmente o controlo da constitucionalidade das normas de direito internacional, estas estão sujeitas, não só pela sua recepção infraconstitucional (n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique) como também em decorrência do princípio da constitucionalidade (n.º 3 do artigo 2 da Constituição da República de Moçambique), e do próprio sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade. Neste contexto sufragamos as conclusões de Gilles Cistac, segundo as quais:¹⁶⁰

¹⁵⁵ Idem.

¹⁵⁶ Idem.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ UN Doc. A/RES/48/134. Uma versão em língua portuguesa desta resolução pode ser consultada aqui: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_22/IIIPAG3_22_2.htm (31/08/2016; 13:19), Citado por Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 208, P. 249.

¹⁵⁹ Rachel Murray, “*The Role of National Human Rights Institutions*”, In Mash hood A. Baderin e Manisuli, Citado por Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 208, P. 249.

Ssenyonjo (Eds.), *International Human Rights Law: Six Decades After the UDHR and Beyond*, Routledge, 2010, p. 306, Citado por Francisco Pereira Coutinho, *o Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana*, 208, P. 249.

¹⁶⁰ CISTAC, Gilles, “*A questão do Direito Internacional no Ordenamento Jurídico da República de Moçambique*”,

- ¾ Compete ao Conselho Constitucional, nos termos da alínea a) do número 1 do Artigo 181 da Constituição: “*apreciar e declarar e a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado*”, o que quer dizer que, no caso em que, uma convenção internacional contém uma cláusula contrária à Constituição da República. A primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.
- ¾ Do ponto de vista da competência do juiz interno, se ele tem o poder de não “*aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição*” (Artigo 16 da Constituição da República); pelo contrário, por um lado, se alguns “princípios” normativos de natureza internacional contrariam a Lei Fundamental, o juiz interno, qualquer que seja, tem obrigação de “não aplicar” estes princípios. Aqui também, a primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.

CONCLUSÃO

Para a compreensão da configuração do Direito Internacional na Ordem Jurídica moçambicana, é curial a conjugação do instituído nos artigos 2.º (n.º 3 e 4) e 18, ambos da Constituição da República.

As normas de Direito Internacional recebidas na ordem jurídica moçambicana são integradas no ordenamento jurídico moçambicano, assumem uma posição infraconstitucional e estão vinculadas ao princípio da constitucionalidade e por isso são objecto controlo da sua constitucionalidade.

As normas do Direito Internacional são recebidas no ordenamento ao abrigo do artigo 18 a Constituição da República de Moçambique e são integradas na ordem jurídica moçambicana tal qual, sem alteração da sua natureza jus internacional. A Constituição da república adoptou dois sistemas para a recepção das normas de direito internacional: um sistema monista de recepção condicionada dos tratados e acordos internacionais, previsto no n.º 1 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique e outro de recepção automática das restantes fontes de direito internacional, consagrado no n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique.

Em decorrência do princípio da constitucionalidade resulta que:

- ¾ *Primeiro*: as normas constitucionais prevalecem sobre todas as normas do ordenamento jurídico (n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique). Deste comando constitucional resulta que todas as normas em vigor na ordem jurídica Moçambicano, incluindo as normas de direito internacional devem estar em conformidade com a ordem constitucional, tem um valor infra-constitucional e logo
-

podem ser sujeitas ao controlo da sua constitucionalidade, incluindo as normas de direito internacional;

- ³/₄ *Segundo*: nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição (artigo 213 da Constituição da República de Moçambique) o que significa que um Juiz pode recusar a aplicação de uma norma de direito internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade, isto é, em sede da fiscalização concreta de constitucionalidade.
- ³/₄ *Terceiro*: As normas de direito internacional têm na ordem Jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção (n.º 2 do artigo 18 da Constituição da República de Moçambique). Desta previsão constitucional, resulta claro que sendo as normas de direito internacional, equiparadas a actos normativos infraconstitucionais, estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, isto é, devem estar em conformidade com a ordem constitucional, sendo por isso, passíveis de controlo da sua constitucionalidade.
- ³/₄ *Quarto*: As normas de Direito Internacional acolhida e em vigor na ordem jurídica moçambicana são integradas na ordem jurídica moçambicana e sujeitas à fiscalização sucessiva abstracta e concreta da constitucionalidade.

Contudo, em face da globalização e da integração regional e continental, o legislador constituinte moçambicano deverá "reinventar" o conceito de soberania e do princípio da supremacia da Constituição para uma melhor configuração na comunidade internacional, com a tendência crescente e irreversível, de crescimento de uma ordem constitucional supra-nacional que vincula as ordens normativas nacionais, em decorrência dos processos de integração regional e da globalização com o surgimento do chamado "constitucionalismo global" que põe em crise o paradigma tradicional de soberania nacional, do constitucionalismo nacional e da supremacia da Constituição face à nova global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANAS, Vitalino, *O processo de fiscalização da Constitucionalidade e da legalidade pelo TC, Natureza e Princípios Estruturantes*. Coimbra Editora, Coimbra, 1986.

CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Reimpressão, Edições. Almedina, Coimbra, 2003.

CISTAC, Gilles, "A questão do Direito Internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique", *Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane*, vol. VI, 2004.

COSTA, José Manuel M. Cardoso, *A jurisdição Constitucional em Portugal*, 2ª Edição,

Coimbra, 1992.

CORREIA, Fernando Alves, *Direito Constitucional: Justiça Constitucional*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

CORREIA, Fernando Alves, *Justiça Constitucional*, Edições Almedina, Coimbra, 2016.

COUTINHO, Francisco Pereira, *O Direito Internacional na Ordem Jurídica Moçambicana*, in Jorge Bacelar Gouveia e Francisco Pereira Coutinho, (coordenação), *O Direito Internacional Público nos Direitos de Língua Portuguesa*, Lisboa: CEDIS, 2008.

_____, *Os Tribunais Moçambicanos e o Direito Internacional Público*, in [parpers.ssrn.com](http://pers.ssrn.com), consultado as 10 livras do dia 27 de Junho de 2020.

CHUVA, António, “*A eficácia jurídico-constitucional das normas provenientes da Organização Mundial do Comércio (O.M.C) no Direito Constitucional Moçambicano*”, in: CHUVA, António e tal. *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão*. Maputo: CFJJ, 2012.

DIMANDE, Armando César. “*Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana*”. Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane. Vol. II, Junho de 1997.

DUARTE, Maria Luísa, *Direito Internacional Público e a Ordem Jurídica Global do século XXI*, AAFDL Editora, Lisboa, 2019

GOUVEIA, Bacelar Jorge, *Direito Constitucional de Moçambique*, Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2015.

_____, *A Fiscalização concreta da constitucionalidade no Direito Moçambicano*, apresentação no seminário de Direito Constitucional, no quadro do curso de Doutoramento em Direito na Faculdade de Direito da UEM, Maputo, Junho, 2009.

_____, *Manual de Direito Internacional Público, Uma Perspectiva de língua Portuguesa*, 5ª edição actualizada, Almedina, Lisboa, 2007.

HENRIQUES, Henriques José. “*A europeização indirecta do Direito Constitucional moçambicano – cláusula internacional*”, in: CHUVA, António e tal. *Estudos de Direito Constitucional Moçambicano: contributos para reflexão*. Maputo: CFJJ, 2012.

JUSTINO, Justino Felisberto, *O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana, em fiscalização concreta à luz da Constituição de 2004*, Editorial Eundza, Beira, 2018.

LOUREIRO BASTOS, Fernando, *O Direito Internacional na Constituição Moçambicana de 2004*, Texto preparado para a Conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de Outubro de 2007, e na Delegação da Faculdade de Direito da Universidade Mondlane na Beira, em 15 de Outubro de 2007, disponível em WWW. Fd. Ulisboo. Pt, consultado no dia 12 de Julho, pelas 13 horas e 30 minutos.

MACHADO, Jónatas E. M, *Direito Internacional*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

MIRANDA, Jorge, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, inconstitucionalidade e garantia da Constituição, 2ª Edição, revista e actualizada Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

_____, *Fiscalização da Constitucionalidade*, Edições Almedina, Lisboa, 2017.

_____, *Direito Internacional Publico*, 2ª Edição revista e actualizada, Principia, Publicações Universitárias e Científicas, Cascais, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco, *O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa*, Edições Almedina, Lisboa, 2017.

_____, *Curso de Direito Constitucional, Teoria da Constituição*, Tomo II Edições, Almedina, Coimbra 2018.

MOREIRA, Vital, *O Tribunal Constitucional Português: Fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional*, revista sub Júdice, n.º 20/21, Coimbra, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis, *Sistema português de fiscalização de constitucionalidade, Avaliação crítica*, Edição AAFDL, Lisboa, 2017.

NHATITIMA, Pedro, *A Jurisdição Constitucional Moçambicana*, Maputo, 2007 (NP).

PEREIRA, André Gonçalves e QUADRO, Fausto de, *Manual de Direito Internacional Publico*, 3ª edição Almedina, Lisboa, 2018.

QUEIROZ, Cristina, *Direito Constitucional Internacional*, Coimbra Editora 1.ª edição, Coimbra, 2011.

RIBEIRO, Lúcia, *Fiscalização Concreta da Constitucionalidade no Direito Constitucional Moçambicano, A Busca do Sistema, Tese de Doutoramento*, Faculdade de Direito, UEM, Maputo.

RODRIGUES, Filomeno, *A Justiça Constitucional Moçambicana: Um breve olhar sobre a jurisprudência do Conselho Constitucional*, Alcance Editores, 1ª edição, Maputo, 2017.

LEGISLAÇÃO

Assembleia da República, *Texto Final do Projecto da Constituição da República de Moçambique e Adenda*, V Legislatura. Maputo, 2004.

CANOTINHO, J.J. Gomes e Moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa*, Lei do TC, 3ª Edição Revista, Coimbra, 1993.

Código Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344 de 25/11/66 e actualizado até ao Decreto-Lei n.º 35/97, de 31/01.

Lei Constituição da República de Angola, Lei n.º 28/82 de 15, de Novembro, alterada pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro, e pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Lei do TC de Portugal, Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, alterada pela Lei n.º 143/85, de 26 de Novembro e pela Lei n.º 85/89, de 7 de Setembro.

Constituição da República Popular de Moçambique de 1975, Publicada no BR n.º 1, I Série, de 25 de Junho de 1975.

Constituição da República de Moçambique de 1990, BR n.º 44, I Série, Suplemento, de 2 de Novembro de 1990.

Constituição da República de Moçambique de 2004, BR n.º 51, I Série, de 22 de Dezembro de 2004.

JURISPRUDÊNCIA

Acórdão n.º 8/CC/2017, de 6 de Novembro.

Acórdão n.º 10/CC/2014, de 24 de Setembro.

Acórdão n.º 4/CC/2015, de 16 de Julho.

Acórdão n.º 4/CC/2019, de 17 de Novembro.

**UNVEILING ECHR'S 'ABYSMAL' JURISPRUDENCE:
HUMAN RIGHTS INCOMPLETENESS**

**A JURISPRUDÊNCIA “ABISMAL” DA CEDH:
A INCOMPLETUDE DOS DIREITOS HUMANOS**

Université de Strasbourg and PUC-Minas

Felipe Costa Lima ¹

ABSTRACT: This article proposes a criticism regarding two important jurisprudences of the European Court of Human Rights (ECHR): *Garaudy v France 2003* as well as *Perinçek v Switzerland 2015*. Moreover, we will try to unveil new epistemologies which may contribute to the development of this Court jurisprudence. Finally, we will propose a transmodern path as a manner in which to strengthen human rights throughout the world.

Keywords: Ecology of Knowledge, the European Court of Human Rights, Western epistemology, Coloniality of Power, Indigenous Epistemology.

RESUMO: Este artigo propõe uma análise crítica de duas importantes jurisprudências da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH): *Garaudy v France 2003* e *Perinçek v Swizerland 2015*. Além disso, buscaremos desvendar novas epistemologias que possam contribuir para o desenvolvimento da jurisprudência dessa corte. Por fim, proporemos um caminho transmoderno para intensificar a proteção dos direitos humanos no mundo.

Palavras-chave: Ecologia dos Saberes, Corte Europeia de Direitos Humanos, Epistemologia Ocidental, Colonialidade do Poder, Epistemologia Indígena.

1. INTRODUCTION

International human rights law seems to suffer a permanent mental disease, which is self-harming and self-destroying, since poverty, oppression, suffering and human indignity are infamous

¹ Advogado; Professor na Universidade de Estrasburgo (UNISTRA), França; Doutorando em Direito Internacional na UNISTRA e em Relações Internacionais na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) (Bolsa CAPES). Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6390-3950>. Email: felipe.costalima@etu.unistra.fr.

features of this realm (ALLOTT, 1990). This assumption from Social Idealism theory may describe perfectly international environment to date.

Nevertheless, through a dialectical process, we may identify values and goals to be implement by law (ALLOTT, 2002), as a manner in which to create a more complete and complex men/women (FANON, 1963; SANTOS, 2010, 2012). We must never forget that the foremost goal of human rights law is to promote human dignity.

Therefore, firstly, we will analyse these two cases from the ECHR referring to the recognition of genocide crimes. It is essential to stating these two decisions seem to establish a profound paradox as regards the prior crimes, which seem to trigger some setbacks to the protection of minorities worldwide. Afterwards, we will try to contribute somehow to Western epistemology, as a means through which to develop a more “complete” analysis concerning genocide crimes. In this light, Social Idealism, Marxism and Postcolonial theories may play a pivotal role to unveil issues as well as to contribute to new solutions to human rights protection.

2. HUMAN RIGHTS' LAW IS NOT OBJECTIVE

The Marxian critics of idealism is one of the most indispensable contributions to comprehend meaningful concepts of Modernity (MARKS, 2008). From this perspective, the naturalisation of reality and the lack of knowledge as concerns the social determination of theories entrench a profound submission to domination; hence, knowledge is power.

In Marx and Engels' book *The German ideology*, these authors allege that the objective of dominant classes is to transform their particular interests into universal interests. As a result, ideology is the path to establish the interests of the previous social classes as if they were the only reasonable and universally valuable. Thereby, ideology implicates one of the utmost supports to privilege, given that it roots historical inequalities by hiding the veritable power relations behind 'reality' (MARX e ENGELS 1999). To sum up, law is not an objective reality, since power relations 'behind the scenes’ are essential to apprehend some developments and jurisprudences of international and regional courts, such as those from the ECHR.

2.1 TWO DECISIONS, A WIDE RANGE OF CONTRADICTIONS: GARAUDY V FRANCE AND PERINÇEK V SWITZERLAND

In the 1995's Roger Garaudy's literature *The founding myths of Israeli politics (Les mythes fondateurs de la politique israélienne*, in French), this author has claimed that the extermination of Jewish people during the Second World War was a Zionist myth to justify the expansionist politics of Israeli's State nowadays, which should be comparable to Nazism itself (ECHR, 2003;

GARAUDY, 1996). In an outstanding response to this negationist absurd, Edward Said, speaking to Arab intellectuals, alleged that '(...) jumping in the direction of Roger Garaudy and his Holocaust deniers in the name of freedom of expression is a foolish trick that only further discredits them in the eyes of the world. It is a proof of fundamental ignorance of the history of the world in which we live, a sign of incompetence and failure to wage a dignified battle' (SAID, 1998).² Nevertheless, not only was Garaudy 'convicted' by other intellectuals, but also by French's tribunals and, afterwards, by the ECHR.

In *Garaudy v France 2003*, the ECHR decided that the French State had a legitimate goal to condemn this author, considering that it must protect Jewish people against hatred and violence perpetrated by this source. Furthermore, from the Court perspective, this literature has not been contributing to the democratic debate concerning these historical events. Owing to this, the Court of Strasbourg decided that France had not violated articles 6 and 10 of the European Convention of Human Rights, that is the 'right to a fair trial' and the right of 'freedom of speech', respectively (ECHR, 2010). Debates and discussions about history are essential to democracy notwithstanding, they cannot incite hatred against a specific group. It goes without saying that this decision has been an important source to demonstrate that 'freedom of speech' cannot be instrumentalised to stimulate hateful speech (ECHR, 2003).

On the contrary, *Perinçek v Switzerland 2015* may have brought about the difficult experienced by the Court to balance the interest of States and the protection of minorities, as well as the limits of Western epistemology concerning 'otherness'.

During a public conference in Lausanne, Switzerland, in 2005, the Turkish politician Dogu Perinçek affirmed that the Armenian Genocide of 1915-1917 was an international lie perpetrated by imperialist nations. Due to this, Perinçek was denounced and found guilty by Switzerland's internal tribunals, given that denying a genocide is predicted as a crime in this country (ECHR, 2015).

Nonetheless, afterwards, Switzerland was found guilty by the ECHR for violating the freedom of speech of this Turkish politician. In this light, it is essential to analyse the arguments for this non-unanimous decision. Regarding the probable promotion of hateful and violence towards Armenian, two main arguments played a pivotal role. As regards a temporal assumption, the judges decided that older facts are less sensible to be considered as a crime than those more

² Abonder dans le sens de Roger Garaudy et de ses amis négationnistes au nom de la liberté d'expression est une ruse imbécile qui ne fait que [les] discréditer davantage aux yeux du monde. C'est une preuve de méconnaissance fondamentale de l'histoire du monde dans lequel nous vivons, un signe d'incompétence et d'échec à mener une bataille digne.

recent. Moreover, as concerns a territorial assumption, Switzerland has no relation with the Armenian genocide, as well as there was no risk of conflicts between Turkish and Armenians in Switzerland as a result of Perinçek's comments (ECHR, 2015). Finally, the Court of Strasbourg stated that a political discourse (the type of discourse) made by a politician (the type of person) should deserve a deepen protection. In our viewpoint, the first two arguments may be problematic

Regarding the first controversy, time factors should not play an important role to define peoples' sensibility as regards genocides. For instance, if all people who witnessed a genocide are dead, will this justify the negation of the event? Owing to this, has the criminalization of genocides a deadline? Furthermore, referring to the second argumentation, it negates the own universality that Modernity attributes to human rights, mainly the outlawing of genocide as an *erga omnes* obligation. It is indispensable to entrenching that the category of international obligations called *erga omnes* are known as obligations intended to protect and to promote basic values and common interests of the whole international community (RAGAZZI, 1997).

From this judgment, we may identify potential contradictions between *Garaudy v France* and *Perinçek v Switzerland*, primarily concerning the differentiation between the Holocaust and the Armenian Genocide.

For instance, the partly concurring and partly dissenting opinion of judge Nussberger (ECHR, 2015) was a prelude of the profound controversy as regards these differentiations. However, the utmost objective of this article is not to discuss these sentences from a positivist or a liberal perspective, even though both theories are indispensable to the comprehension of our "reality". We would like not only to unveil some aspects of these distinctions, but also to propose some new conceptions to impulse the defense of human rights worldwide.

2.2 OVERCOMING ALIENATION

It is crucial to overcoming the reified conscience in relation to the grandiloquent ideals of bourgeois society and the liberal project (freedom, justice, equality, human rights). Further, so as to question the status quo 'reality', it is essential to highlight the primordial reflexive relationship between individuals and structures. From this perspective, structures are external to individuals as well as shaped by them. Therefore, it is the interplay between human cognition and the dominant structures which 'keeps alive the idea that change is possible, while at the same time providing a reminder of the power of structures (BOOTH, 2007). Hence, structures not only

influence theorists, but theorists themselves can influence existing structures (a reflexive influence):

For modernity's secular religion, the emptiness of 'jus cogens' or 'obligations erga omnes' is not an unfortunate temporary weakness but an absolutely central aspect of its constant putting into question of its own normativity in a terrain of radical political indeterminacy and social contingency (KOSKENIEMI, 2008: 237).

From this vantage point, we would like to claim that one of the foremost aspects of the differentiation of treatment as regards the Holocaust and the Armenian Genocide is not an 'objective' one, given that power relations are indispensable to comprehend these two sentences. Firstly, even though the ECHR has a certain level of autonomy, the basis of its existence remains the interstate international environment. Thereby, judges may not profoundly confront the interests of the most important countries of the region, as States have the power to implode the Court, directly (for instance, the possibility of withdrawing from the Convention) or indirectly (for example, ceasing to contribute to the budget of the Court). A classic example of the prudence of this Court can be apprehended within the *Babiarz v Polonia* case in 2017, in which the Court did not recognise the right to divorce (ECHR, 2017), so as to avoid the common critics of judicial activism.

The recognition of the Holocaust as a genocide among European States and around the world is a well-known fact. Furthermore, this genocide gains importance regarding European countries, owing to the geo-localised experience of Nazism during the Second World War. As can be seen, the Holocaust is a more sensible issue to the European Court of Strasbourg. To the contrary, the potential conviction of Perinçek for denying the potential Armenian genocide would have meant, in a certain way, that the signatories of the European Convention of Human Rights also had recognised the aforementioned genocide. As a result, this assumption would entrench serious consequences to the international sphere, mainly concerning European relations with Turkey (DADOUCH and KUCUKGOCMEN, 2019). Regarding these sensible issues, States prefer to retain their autonomy to decide for themselves.

To sum up this argument, this European Court of Human Rights, despite its outstanding teleological and progressist interpretations, must remain attentive to the singular roots of its existence: the interstate international environment. It is interesting to alleging that international law in general coupled with regional law (in this case, European law) do not allow revolutionary approaches (MIÉVILLE, 2006, 2008), since they are based on status quo reality; nonetheless, it is possible to establish developments from the inside and from the margins, in order to do 'what is possible' (BOOTH, 2007; BUTLER, 2011; ORFORD, 2003).

However, are the system's constrictions the only reason to such a decision by the ECHR? We have some insights that modern epistemology is also a preeminent aspect as a means through which to comprehend the differentiation between the ECHR interpretations referring to the Holocaust and the Armenian Genocide.

3. MODERN EPISTEMOLOGY: CAPITALISM, EUROCENTRISM AND COLONIALITY OF POWER

The Modern/Colonial theory from Latin America is a new epistemology from the global south, which purports solidarity among subalterns as well as the presence of this part of the world in knowledge's creation. As a manner in which to entrench a transmodern path, this epistemology establishes two dialectical movements: the unveiling of Modern epistemology and the promotion of new epistemologies from the 'fringes' of the world (sociology of absences and sociology of emergencies)(SANTOS, 2010).

As Anibal Quijano(2005) once pointed out, the expansion of modernity has been based on three main movements in dialectical relations: capitalism, eurocentrism and coloniality of power. To the objectives of this paper, the last two concepts are the most important.

Quijano (2005) attributes two characteristics to eurocentrism: the creation of dualities and evolutionism. The creation of dualities is a paramount feature to Western philosophy since Aristotle. 'Natural' differences between free men and slaves in Antique Greece were subsequently instrumentalised by Christianity to base its own dual division between body and soul. Afterwards, the radical separation between reason and body have meant the secularisation of this Christian assumption (DUSSEL, 1996; QUIJANO, 2005). Due to this philosophical basis, Western colonialism in America was able to trigger new dualities and hierarchisations, such as West/East, primitive/civilised, mystical/scientific, irrational-rational, traditional/modern and Other/European(ANGHIE, 2006; MANGA, 2010). Eventually, these dualities were expanded to Africa and Asia during their colonising processes (MUDIMBE, 1988; MUNANGA, 2009; SAID, 1996).

Concerning the evolutionist path, Europe has started to be considered the point of arrival to every nation worldwide, as this continent is the most 'advanced'. Owing to this, modernity and rationality have become an exclusive European experience. Further, so as to achieve Europe's development level, States throughout the world would have to apply policies emanated from this 'exclusive creator and protagonist of history' (DUSSEL, 2005; ESCOBAR, 2003, 2010; MIGNOLO, 2005a; QUIJANO, 2005). Nevertheless, the foremost concept to perhaps partially

apprehend those conflictual decisions from the ECHR seems to be 'coloniality of power'.

People are surprised, they become indignant. They say: 'How strange! But never mind – it's Nazism, it will pass!' And they wait, and they hope; and they hide the truth from themselves, that it is barbarism, the supreme barbarism, the crowning barbarism that sums up all the daily barbarisms; that it is Nazism, yes, but that before they were its victims, they were its accomplices; that they tolerated that Nazism before it was inflicted on them, that they absolved it, shut their eyes to it, legitimized it, because, until then, it had been applied only to non-European peoples; that they have cultivated that Nazism, that they are responsible for it, and that before engulfing the whole edifice of Western Christian civilization in its reddened waters, it oozes, seeps, and trickles from every crack (CÉSAIRE, 1955).

Coloniality of power claims that racist hierarchies have been applied since colonial times in America. Moreover, it states that independence has not changed this issue; far from it, it has strengthened this conundrum. For instance, before colonialism, being Spanish/Portuguese/European was a geographical assumption. However, during America's colonising process, it has also acquired a racial connotation. In this light, the division of labour in America's colonies obeyed a racial hierarchisation, that is Portuguese/Spanish on the highest posts of colonial administration; creoles (Europeans descendants who were born in the colonies were known as creoles) as wage labours, such as independent artisans, merchants and farmers; indigenous peoples as servants (differently from European feudalism, considering that these peoples had no land to cultivate and had received no protection from internal or external attacks); and negros as slaves. Owing to this prior classification, the idea of race was naturalised, entrenching a singular ethnocentrism, given that not only have colonial differences become essential, but also racial distinctions (MIGNOLO, 2005a, 2005b; QUIJANO, 2005).

Since independence, this process has been internally reproduced and expanded worldwide. From this viewpoint, 'whiteness' has developed into the most crucial feature to occupy high posts in the division of labour. Hence, colour definitions have turned into a distinctive feature and, as a result, the most effective and lasting instrument of social domination. To sum up, race and division of labour are structurally associated and mutually reinforcing to date. From the beginning of America's colonisation, Europe has been able to spread and establish its historical perceptions as hegemonic, such as its cognitive perspectives, ways of production, imaginary, intersubjectivities and culture. Europe has been transformed in the centre of capitalism and Europeans have become the dominant race; therefore, coloniality of power is the most direct impact of modernity (MIGNOLO, 2005b, 2005a; QUIJANO, 2005).

As can be seen, power relations 'behind the scenes' and the lack of otherness may not be the unique sources of the two aforementioned decisions of the ECHR; Western epistemology roots

may also play a crucial role in this differentiation. In this light, for instance, the Holocaust was a genocide promoted by European politicians, against white Europeans within European territory. On the contrary, the Armenian genocide was a potential genocide committed by non-Europeans (Turkish) against non-Europeans in a non-European country. From the perspective of eurocentrism and coloniality of power, that is why Modern epistemology may impose difficulties to the recognition, for example, of indigenous genocide in Spanish/Portuguese America and Congolese genocide in the Belgium Congo. That is not a fatalist argument, since France and Italy recognised the Armenian Genocide; however, a sentence from a European Court recognising this genocide to Europe as a whole seems unlikely to date.

As a result of the former arguments, we allege that otherness is an indispensable feature to the recognition of human rights around the world, specially concerning atrocities, and genocides. Nevertheless, Western Epistemology may not allow human rights to achieve their whole potential. As a means through which to try to go beyond this epistemology and to form a more complete men/women (FANON, 1963); the Ecology of Knowledge (SANTOS, 2007, 2010, 2012), in this light, may be an indispensable path to be followed.

4. THE ECOLOGY OF KNOWLEDGE: NEW EPISTEMOLOGIES FOR A MORE 'COMPLETE' MEN/WOMEN

History is a possibility. From this point of view, the world is not a static reality, but a reality in a process of transformation (BENJAMIN, 2005; SANJINES, 2013). The hope for a new world depends on breaking the perverse fatalism of our current reality and searching a new one, less ugly and more beautiful, less discriminatory and more democratic, less dehumanising and more human (FREIRE, 2005).

Paulo Freire's revolutionary and transformative proposals have encouraged us to speak about love without fearing of being called unscientific or even antiscientific. Human rights realm follows this same logic, considering that, without otherness and without loving 'others', this field have become a subterfuge to deceive and oppress human beings throughout the world. Imagining a new reality as well as shaping and influencing the course of events must be a never-ending quest (ALLOTT, 1990; BIANCHI, 2016). Theory may be the highest form of practices; however, the contrary is also true, since oppressed concrete actions primordially from subalterns worldwide, when theorised, may have the same deepen effect as a theory.

In this light, the establishment of a profound dialogue not only with other individuals but with

other epistemologies may allow the formation of a more 'human' human rights, primarily by aggregating oppressed knowledge. As pinpointed by Enrique Dussel (1996), true philosophical knowledge have always been born in the periphery of the world, given that these regions have been the utmost source of 'reality' throughout history:

Philosophy thinks the non-philosophical: reality. But as a reflection of its own reality, it starts from what it already is, from its own world, from its system, from its spatiality. The truth is that it seems that Philosophy has always emerged in the periphery, as a need to think about itself before the centre and against total externality, or simply about the future of liberation(DUSSEL, 1996: 15, our translation).³

From this perspective, maybe other epistemologies, mainly from the periphery, are not just essential, but mandatory to the transformation of human rights. That is the foremost roots to the establishment of an Ecology of Knowledge(SANTOS, 2010). From a teleological perspective, a more complete men/women must be the objective of human rights law. Therefore, in each situation, we must privilege those epistemologies which are more protective to this goal. Owing to this assumption, we must analyse if other epistemologies worldwide could be more useful as regards the protection of collective rights, specially the recognition of genocides.

Cultures are not monolithic, considering that they always privilege some versions of human dignity; for instance, Western modernity, from a liberal viewpoint, chiefly contemplate civil and political rights. Further, some cultures are more extensive, some are more reciprocal and some are more opened to other influences(SANTOS, 2010).

As once pointed out by Boaventura de Sousa (2010), Western epistemology have three important issues. Firstly, it entrenches a mechanical relation between rights and duties. Consequently, nature and future generations have no rights, since there is no way to impose duties upon them. Moreover, it has difficulties to develop the idea of community, as a result of its possessive individualism, narcissism and alienation(DUSSEL, 2005; LAJO, 2006; SANTOS, 2010). Lastly and dialectic related with these two former features, it has problems to accept collective rights of social groups or peoples, such as ethnical minorities, indigenous peoples and women(SANTOS, 2007, 2010). 'Paradoxically - and contrary to the hegemonic discourse - it is precisely in the field of human rights that Western culture must learn from the South'(SANTOS 2010: 102).

To the objective of this paper, this last characteristic plays a pivotal role, as a new epistemology to

³ *La filosofía piensa lo no-filosófico: la realidad. Pero porque es reflexión sobre su propia realidad parte de lo que ya es, de su propio mundo, de su sistema, de su espacialidad. Lo cierto es que pareciera que la Filosofía ha surgido siempre en la periferia, como necesidad de pensarse a sí misma ante el centro y ante la exterioridad total, o simplemente ante el futuro de liberación.*

fulfil this Western flaw will be our task from now. The suppressed indigenous knowledge is one of the foremost epistemologies around the world, given that it can contribute to the evolution and development of universal human rights. It is not an easy project to engage Western epistemology to dialogue with indigenous epistemology, given that concepts such as 'civilisation' and 'barbarism' still playing an essential role to the former. Nevertheless, 'indigenous movements of today (...) are no longer thinking and operating within the logic of the system; they are attempting to change its logics and not just its content' (MIGNOLO 2005b: 100). Moreover, there is a geo-localised difference between thinking from the margins and thinking from the centre:

Thinking critically from the subjective understanding of the colonial wound takes you into decolonial paradigms of co-existence, while thinking critically from the subjective understanding of imperial leadership keeps you in the paradigm of newness (MIGNOLO 2005b: 100).

The paradigmatic literature to apprehend indigenous epistemology seems to be *Nueva corónica y buen gobierno*, Waman Puma, written around 1613. From his viewpoint, Spanish colonisation in America were committing a mistake by discounting the Aymara and Quechua knowledge that had been accumulated over centuries. Therefore, he presented to Philip III (the king of Spain) an alternative project in to the Andes region, alleging that Spain should consider both indigenous society and Spanish's projects as a manner in which to politically organise Spain's colonies (AYALA, 2002).

As can be noticed, Waman Puma claimed indigenous peoples epistemic right to tell the history of the Inca Empire from their own perspective and to participate in Spain's colonising project, as a means through which to entrench a peaceful intercultural government. Hence, this author proposed a horizontal arrangement including both Inca and Spanish forms of political and socio-economic organisation (a horizontal co-existence). However, this proposal was completely discarded by Spain.

The Tupac Amaru Revolution from 1780-1782 is also an indispensable basis to comprehend indigenous epistemology. During this revolution, Tupac Amaru II challenged not only Upper Peru's Spanish colonising process, but also white domination over indigenous and black peoples. This revolutionary leader has gone even further, since he claimed that white people was neither free, since it would be impossible to be free through oppression terms (neither the oppressed nor the oppressors) (REINAGA, 2010). From this perspective, 'civilisation' has been a European self-description of history, as 'indigenous cosmology, nature and humanity do not necessarily oppose each other. (...) For the indigenous, oppositions can co-exist without negation' (MIGNOLO 2005b: 17), by complementary dualisms.

As can be seen, during Spanish colonisation, indigenous epistemology would accept a truly horizontal dialogue with other epistemologies and cultures. It is indispensable to affirming that this characteristic seems to remain hitherto: 'we want the territories to keep our way of life. (...) Brazil cannot adopt one unique pattern of life for everyone (...) you have to respect the different peoples of this country'(GUAJAJARA, 2019).⁴

Further, as we can see in the Zapatista movement in Mexico, indigenous epistemology plays an essential role to gender equality, given that a horizontal dialogue must concerns not only different cultures and epistemologies, but also gender relations.

Some of you thought that this tribune would be occupied by the sub commander Marcos and that he would give a central messenger of the Zapatists. You can see that is not going to be like that. The insurgent sub commander Marcos is that, a sub commander. We are the commander, those who order by mutual agreement, those who order by obeying our people (...). My name is Esther, but this is not important right now. I am Zapatist, but this is not important neither in this moment. I am indigenous and woman, so that is the only thing that matters right now (COMANDANTA ESTHER, 2001), our translation).⁵

Owing to the former arguments, we must comprehend the importance of indigenous epistemology to the formation of a more complete men/women worldwide. In this light, law, as a fundamental social institution, must promote this basic characteristic of human rights: the common interests of societies (ALLOTT, 1990). Even further, international human rights law, due to its pretensions of universality, should carry on this objective; however, Western epistemology seems resistant to accept other influences, given that eurocentrism and coloniality of power are profoundly rooted in this way of thinking. The implementation of horizontal dialogues, that is the Ecology of Knowledge (RODRÍGUEZ-GARAVITO, 2005; SANTOS, 2007, 2010, 2012), demands a systemic change of perception; from our viewpoint, this transformation has not yet been achieved.

5. CONCLUSION

Unveiling Western Modern/Colonial epistemology (ESCOBAR, 2003) and promoting a

⁴ *A gente quer o território pra gente continuar com nosso modo de vida. (...) o Brasil não pode adotar um padrão único de vida pra todo mundo (...) tem que respeitar os diferentes povos que tem neste país.*

⁵ *Algunos habrán pensado que esta tribuna sería ocupada por el sup marcos y que sería él quien daría el mensaje central de los zapatistas. Ya ven que no es así. El subcomandante insurgente marcos es eso, un subcomandante. Nosotros somos los comandantes, los que mandamos en común, los que mandamos obedeciendo a nuestros pueblos (...). Mi nombre es Esther, pero eso no importa ahora. Soy zapatista, pero eso tampoco importa en este momento. Soy indígena y soy mujer, y eso es lo único que importa ahora.*

sociology of absent epistemologies (SANTOS, 2010), such as indigenous world perceptions, are paramount goals to truly promote human rights worldwide. As regards this paper comparison, not admitting the existence of a genocide due to the inexistence of consensus among European States consecrates a cruel/perverse logic for human rights protection throughout the world. The lack of otherness in this proposition directly opposes the indispensable objective of human rights, which is protecting individuals or groups of individuals against more powerful actors in international arena, such as States.

In addition to it, power relations seem not to be the only logic behind this type of inhuman argument. Western human rights and colonialism seem to be interlinked, owing to the philosophical basis of Western thought and its historical development, primarily since the conquer of America (from genocides in America (SANTOS, 2010), to genocides in Africa (GERDZIUNAS, 2017), until 'unhumanitarian' interventions nowadays (BUTLER, 2011; CARTY, 2008; KOSKENNIEMI, 2008; MARKS, 2008; ORFORD, 2003)). Thus, unveiling Western human rights seems to be a paramount path to comprehend its obscure origins of violence, as a means through which to unlearn its myths.

From our peripheral location, Western epistemology and its human rights comprehensions are a concrete reality, imposed violently since a long time ago. In this light, we already know what this epistemology can provide to us. Thereby, a horizontal dialogue is not only a choice, but an obligation to Indigenous-Latin-Black America. On the contrary, from the centre perspective, it is harsher to accept its incompleteness, as it would mean the disclose of the violent process of Western epistemological imposition worldwide. As can be seen, the openness of a European Court to another marginal epistemology may sounds utopian.

Nonetheless, as once pointed out in this paper, not only do oppressive relations dehumanise oppressed populations, but also oppressors themselves (FREIRE, 2005). Hence, oppressors must impose upon themselves the obligation of self-re-humanisation. Basing a European Court Human Rights decision on another epistemology may be seem as an act of rebellion (from the centre viewpoint), but it actually initiates love for others (from the peripheral perception). And that should be the whole point of human rights, since the law of love is the only truly operative law in the world.

BIBLIOGRAPHY

ALLOTT, P. *Eunomia: new order for a new world*. Oxford: Oxford University Press, 1990.

ALLOTT, P. *The Health of Nations: Society and Law beyond the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

ANGHIE, A. The evolution of international law: colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, v. 27, n. 5, p. 739–753, 2006.

AYALA, F. G. P. DE. *Nueva corónica y buen gobierno*. Copenhagen: Museum Tusculanum Press, University of Copenhagen, 2002.

BENJAMIN, W. *On the Concept of History*. [s.l.] Creative Commons, 2005.

BIANCHI, A. *International law theories: an inquiry into different ways of thinking*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

BOOTH, K. *Theory of world security*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

BUTLER, K. *A critical humanitarian intervention approach*. Warwick: Department of politics and international studies, 2011.

CARTY, A. Marxism and international law : perspectives for the American (twenty-first) century ? In: MARKS, S. (Ed.). *International law on the left: re-examining Marxist legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 169–198.

CÉSAIRE, A. Discourse on colonialism. In: CÉSAIRE, A. (Ed.). *Discourse on Colonialism*. New York: Monthly Review Press, 1955. p. 29–78.

COMANDANTA ESTHER. Discurso de la Comandanta Esther en la tribuna del Congreso de la Unión. . mar. 2001.

DADOUCH, S.; KUCUKGOCMEN, A. Turkey condemns French and Italian recognition of Armenian genocide. *REUTEURS*, 11 abr. 2019.

DUSSEL, E. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.

DUSSEL, E. Europa, modernidade e eurocentrismo. In: LANDER, E. (Ed.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Colección Sur-Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2005. p. 24–32.

ECHR. *Garaudy v France*, 24 jun. 2003. Disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-23829>>. Acesso em: 8 out. 2019

ECHR. *European Convention on Human Rights*, 1 jun. 2010. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf>. Acesso em: 8 out. 2019

ECHR. *Perinçek v Switzerland*, 15 out. 2015.

ECHR. *Babiarz v Polonia*, 10 jan. 2017. Disponível em: <<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170344%22%5D%7D>>. Acesso em: 10 out. 2019

ESCOBAR, A. *Mundos y conocimientos de otro modo: el programa de investigación de modernidad/colonialidad latinoamericano*. *Tabula Rasa*, n. 1, p. 51–86, 2003.

ESCOBAR, A. "Latin America at crossroads: alternative modernizations, post-neoliberalism, or post-development. *Cultural Studies*, v. 24, n. 1, p. 1–65, 2010.

FANON, F. *The wretched of the earth*. New York: Grove Press, 1963.

FREIRE, P. *Pedagogy of the Oppressed*. 30th anniversary edition ed. New York, London: continuum, 2005.

GARAUDY, R. *The founding myths of Israeli politics*. [s.l.] CODOH, 1996.

GERDZIUNAS, B. Belgium's genocidal colonial legacy haunts the country's future. *Independent*, 17 out. 2017.

GUAJAJARA, S. Sonia Guajajara da aula de história sobre povos indígenas à senadora do PSL. . 15 abr. 2019.

KOSKENNIEMI, M. What should international lawyers learn from Karl Marx ? In: MARKS, S. (Ed.). . *International law on the left: re-examining Marxist legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 30–52.

LAJO, J. *Qhapaq Ñan: La ruta inka de sabiduría*. Quito: Abya-Yala, 2006.

MANGA, E. Le retour de la guerre juste. Francisco de Vitoria et les fondements juridiques de la domination globale. *L'Homme et la société*, n. 175, p. 13–38, 2010.

MARKS, S. Exploitation as an international legal concept. In: MARKS, S. (Ed.). . *International law on the left: re-examining Marxist legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 281–308.

MARX, K.; ENGELS, F. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. São Paulo: Hucitec, 1999.

MIÈVILLE, C. *Between equal rights: a Marxist theory of international law*. Chicago: Haymarket Books, 2006.

MIÈVILLE, C. The commodity-form theory of international law. In: MARKS, S. (Ed.). . *International law on the left: re-examining Marxist legacies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 92–132.

MIGNOLO, W. D. *The idea of Latin America*. Oxford: Blackwell Publishing, 2005a.

MIGNOLO, W. D. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, E. (Ed.). . *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Colección Sur-Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2005b. p. 33–49.

MUDIMBE, V. Y. *The invention of Africa: gnosis, philosophy, and the order of knowledge*. Bloomington and Indianapolis: Indiana University Press, 1988.

- MUNANGA, K. *Negritude: usos e sentimentos*. 3. ed. [s.l.] Autêntica, 2009.
- ORFORD, A. *Reading humanitarian intervention : human rights and the use of force in international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.
- QUIJANO, A. *Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina*. In: LANDER, E. (Ed.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latinoamericanas*. Colección Sur-Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina.: CLACSO, 2005. p. 107–130.
- RAGAZZI, M. *The concept of International Obligations Erga Omnes*. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- REINAGA, F. *La revolución india*. La Paz: Minka, 2010.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A. *Nike's law: the anti-sweatshop movement, transnational corporations, and the struggle over international labor rights in the Americas*. In: SANTOS, B. DE S.; RODRÍGUEZ-GARAVITO, C. A. (Eds.). *Law and globalization from below: towards a cosmopolitan legality*. New York: Cambridge University Press, 2005. p. 64–91.
- SAID, E. *Orientalismo - o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Editora Schwarcz, 1996.
- SAID, E. *Israël-Palestine, une troisième voie*. *Le Monde Diplomatique*, Août 1998.
- SANJÍNES, J. *Embers of the past: essays in times of descolonization*. Durham and London: Duke University Press, 2013.
- SANTOS, B. DE S. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SANTOS, B. DE S. *Para descolonizar el Occidente: más allá del pensamiento abismal*. Buenos Aires: CLACSO, 2010.
- SANTOS, B. DE S. *Derecho y emancipación*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, 2012.
-



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG