

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO

Sociedade e Direito

Coordenação:

Lilian Rose Lemos Rocha

Pedro Almeida Costa



Lilian Rose Lemos Rocha

Pedro Almeida Costa

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ESTADO

Sociedade e Direito

Organizadores:

Naiara Ferreira Martins

Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira

Rafael de Almeida Guimarães

Brasília, 2016.

REITORIA

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Vice-Reitor

Edevaldo Alves da Silva

Pró-Reitora Acadêmica

Presidente do Conselho Editorial

Elizabeth Lopes Manzur

Pró-Reitor Administrativo-Financeiro

Gabriel Costa Mallab

Secretário-Geral

Maurício de Sousa Neves Filho

DIRETORIA

Diretor Acadêmico

Carlos Alberto da Cruz

Diretor Administrativo-Financeiro

Geraldo Rabelo

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Capa

UniCEUB | Departamento de Comunicação e Marketing | ACC

Projeto Gráfico e Diagramação

AR Design

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de pós-graduação em direito : Estado, sociedade e direito / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha, Pedro Almeida Costa. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

130 p.

ISBN 978-85-61990-49-7

I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 34:32

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336

PREFÁCIO	7
APRESENTAÇÃO	9
REFORMA AGRÁRIA: A IMPORTÂNCIA DA REFORMA AGRÁRIA PARA SUPERAÇÃO DA POBREZA E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SÓCIO-ECONÔMICA NO CAMPO	11
<i>PHILIP CARVALHO FERREIRA LEITE</i>	
ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO ADULTO E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO	33
<i>ÍCARO DE JESUS MAIA CAVALCANTI</i>	
CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – APONTAMENTOS SOBRE A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS	59
<i>MARCELO GOMES DE FARIA</i>	
CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL	77
<i>LUCILE ÁLVARES ALBERTO MEIRA E SÁ PRATES</i>	
NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE ANÁLISE E REFLEXÃO	93
<i>FERNANDO LUIZ CARVALHO DANTAS</i>	
EFEITOS DAS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS COMO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA	107
<i>LAÍSS TARGINO CASULLO DE ARAÚJO, JOSÉ DA SILVA MAMEDE</i>	



PREFÁCIO

Pioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de *e-book*.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.



APRESENTAÇÃO

A multidisciplinaridade da disciplina “Estado, Sociedade e Direito” é palpável. O desafio de mostrar à comunidade acadêmica os frutos provenientes da disciplina desenvolvida no âmbito da Pós-graduação lato sensu em Direito Público do UniCEUB é latente.

Precisamos demonstrar que o enfoque do Direito na era Pós Positivista não é apenas jurídico. Pelo contrário, se relaciona de forma até mesmo simbiótica com outras ciências, em especial as sociais, e tem um papel fundamental no desenvolvimento e aprimoramento da sociedade como um todo.

Ao tratarmos de uma sociedade tão complexa e plural faz-se necessário a mudança de paradigma com relação ao papel do Direito. Bem verdade que, nesse cenário de mudança, o direito ainda exerce o mesmo papel que sempre exerceu, tendo em sua positivação, suas fontes primárias. Porém, essa nova relação social que surge com o já citado pós-positivismo demonstra uma preocupação da ciência jurídica em se expandir e a lidar com as fontes secundárias (jurisprudência e doutrina) de forma diferente.

Assim uns dos maiores desafios do Direito continua sendo a necessidade de se conciliar vontade de maioria e direito das minorias. Unidade e pluralidade, harmonia e tensão. Nesse sentido, percebemos que os artigos dos alunos aqui apresentados tiveram temáticas que abordaram tanto o aspecto propriamente jurídico dos pontos relevantes, como também preocupações sociais.

Corroborando com a nova forma de se ver o direito o artigo intitulado “Neo-constitucionalismo: Breve Análise e Reflexão” desenvolvido por Fernando Luiz Carvalho Dantas, economista e jurista, trata do movimento constitucional contemporâneo que aproxima os ordenamentos jurídicos da common law e do civil law. Claro que a intenção do discente, pelo próprio título do trabalho, não é esgotar o debate a respeito do tema, mas apenas convidar o leitor à reflexão de que os sistemas jurídicos ocidentais sofreram uma substancial mudança a partir do novo paradigma social advindo do momento pós Segunda Guerra Mundial, onde a ética, os princípios, os valores e as crenças permeiam o exercício hermenêutico contemporâneo.

O artigo de autoria de Ícaro de Jesus Maia Cavalcanti, intitulado “Análise Econômica da Responsabilização Criminal como Adulto e as Consequências para o Sistema Carcerário Brasileiro”, apresenta algumas características do sistema carcerário

brasileiro bem como do sistema de acolhimento de jovens infratores ponderando-se sobre as consequências da redução da maioria penal utilizando a Análise Econômica do Direito para tal fim.

O artigo apresentado por Laíss Targino Casullo de Araújo, “Efeitos das Políticas de Cotas Raciais como efetivação da Justiça”, busca promover o pensamento acerca do princípio da igualdade enquanto direito fundamental do homem, caminhando pelas ações afirmativas, em especial o sistema de cotas raciais. Trouxe o posicionamento do Supremo Tribunal Federal analisando, detalhadamente, a ADPF 186 que visava tornar ilegítimo o critério de seleção.

O quarto artigo, da aluna Lucile Álvares Alberto Meira e Sá Prates intitulado “Casamento e União Estável Entre Homossexuais no Plano Nacional e Internacional”, traz a grande evolução dos direitos dos casais homoafetivos no plano nacional e internacional, analisando, entre outras coisas, a importância da ADPF 132, de relatoria do Ministro Carlos Ayres Britto, para uma mudança de paradigma social e jurídico sobre o assunto.

O aluno Marcelo Gomes de Faria expõe que, mesmo em pleno século XXI, temos um problema com trabalhadores que se encontram em condições análogas ao trabalho escravo. A pesquisa foi feita observando o movimento jurisprudencial mais recente após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Para tanto, o discente percorreu o antigo sistema escravagista e trouxe um contraponto com a exclusão de direitos e condições básicas do trabalhador, como uma moderna forma de escravidão e deu como título à sua exposição “Condição Análoga à de Escravo na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – Apontamentos Sobre a Perspectiva dos Direitos Humanos”.

Por fim, Philip Carvalho Ferreira Leite em “A importância da Reforma Agrária para Superação da Pobreza e Redução da Desigualdade Socioeconômica no Campo” nos convida a refletir sobre a importância da reforma agrária para a erradicação da pobreza, trazendo-nos os movimentos sociais que lutam pelo direito a terra em confronto com a forma de propriedade latifundiária que perdura pelo País. A intenção dos movimentos é combater a pobreza e a vulnerabilidade das famílias camponesas garantindo a dignidade dessas pessoas.

A todos uma ótima leitura.

Brasília, novembro de 2015.

Pedro Almeida Costa

Professor da Disciplina Estado, Sociedade e Direito e Secretário Executivo do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – UniCEUB

REFORMA AGRÁRIA: A IMPORTÂNCIA DA REFORMA AGRÁRIA PARA SUPERAÇÃO DA POBREZA E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE SÓCIO-ECONÔMICA NO CAMPO

Philip Carvalho Ferreira Leite¹

SUMÁRIO: Resumo; Introdução; Conceituação de Reforma Agrária; Reforma Agrária e a Desigualdade Social; O papel da reforma agrária para superação da pobreza no campo e redução da desigualdade; Considerações Finais; Bibliografia.

RESUMO

A estrutura fundiária no Brasil desenha-se sob um modelo extremamente excludente e injusto, uma vez que as terras com capacidade de produzir estão concentradas nas mãos de uma pequena parcela da sociedade. Outrossim, em contraponto à essa realidade, alguns movimentos sociais de luta pelo direito à terra se colocam contra essa forma de propriedade latifundiária que por tanto tempo suplantou os direitos inerentes ao trabalhador rural. Esse movimentos sociais buscam a implementação da reforma agrária como instrumento de superação da situação de pobreza e vulnerabilidade que se encontram as famílias camponesas que não possuem uma parcela de solo que possa garantir sua dignidade enquanto seres humanos. Nesse sentido, o presente artigo busca apresentar a importância da reforma agrária como mecanismo de emancipação social da comunidade camponesa, bem como elenca as dificuldades enfrentadas por esses trabalhadores para garantir uma sobrevivência digna.

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Agrária é um tema bastante discutido no Brasil e no mundo, sobretudo em países em desenvolvimento e com a extensão territorial semelhante. O Brasil possui milhões de hectares de terras que não cumprem sua função

¹ Pós-Graduando pelo UniCEUB em Direito Penal e Controle Social. Dirigente do Movimento de Apoio ao Trabalhador Rural – MATR. Militante de Direitos Humanos e da Reforma Agrária. Atuação profissional em Programa de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – SDH/PR..

social, são grandes extensões de terras devolutas que poderiam ser destinadas para assentamento de famílias de trabalhadores e trabalhadoras rurais que não possuem lugar – terra – para produzir.

No presente texto abordarei a importância da responsabilização do Estado no sentido de reconhecimento do instituto da reforma agrária como elemento de superação da pobreza e redução das desigualdades sociais e econômicas que assolam imensa parcela da população. O dever do Estado em cumprir o que estabelece a Constituição Federal de 1988 no que tange aos direitos sociais básicos ao povo do campo e a ausência desses direitos ao público que luta pela terra e sua utilização de forma sustentável. Também serão abordadas algumas contradições do modelo atual de exploração do solo e como a redistribuição das terras cultiváveis e a agricultura familiar podem colaborar para superar tais contradições.

Matéria de fundamental importância abordada pelo presente artigo também se refere à questão das oportunidades para formação e emancipação da população oriunda da reforma agrária. Essa parcela da sociedade que, quando raramente alcança o objetivo de conquistar a terra, após muitos anos de luta, ainda carecem de auxílio do próprio Estado no sentido de superar dificuldades de subsídio (crédito e financiamento) e capacitação técnica e profissional para melhor aproveitamento da terra ora conquistada.

Por fim, este breve estudo sobre questões da reforma agrária também apresenta elementos inerentes ao campo do direito a terra para fins de subsistência das famílias camponesas. Os enfrentamentos em face dos pré-conceitos sustentados pela grande mídia e por parte da sociedade, que apresentam uma visão deturpada em relação ao conceito do movimento de luta pela terra – Movimento dos Sem Terra, também é objeto do presente texto. Existe um grande abismo que separa o real objetivo da luta pela redistribuição das terras – reforma agrária – e o conceito sustentado pela grande mídia e pela elite brasileira, uma vez que estes se interessam em manter o *status quo* para não contrariar seus interesses econômicos e políticos.

2. CONCEITUAÇÃO DE REFORMA AGRÁRIA

Etimologicamente, reformar advém de *reformare* (re + *formare*), que significa conceder nova forma, ou seja, refazer, restaurar, melhorar, corrigir, trans-

formar. No Direito Agrário o instituto da Reforma Agrária atente o conceito de transformação do status *a quo* da situação de concentração em que se encontra a propriedade ou posse do solo – da terra. Ou seja, essa transformação diz respeito ao conceito de reformulação da estrutura fundiária em que se encontra todo o processo de distribuição das terras².

Marques acrescenta que tal conceito de Reforma Agrária é bem mais amplo que a simples redistribuição das terras, uma vez que aglutina a carência de diversos outros elementos que corroboram para a sustentação do objetivo primordial de tal redistribuição, qual seja, a sustentabilidade do modelo proposto pela Reforma Agrária.

O instituto da Reforma Agrária implica um conjunto amplo de medidas que objetivam a distribuição mais justa das terras. Este é o conceito de reforma agrária apresentado no Estatuto da Terra, acrescentando que deve haver modificações no regime de sua posse e uso, para que se possa alcançar o princípio da justiça social e a potencialização da função social da propriedade rural, de promover o sustento para a atual geração e as gerações futuras.³

A partir do que é estabelecido no Estatuto da Terra e na Constituição Federal, como veremos adiante, entendo que a reforma agrária deve estruturar-se sobre a função primordial de reduzir as desigualdades sociais e econômicas que emergem principalmente do campo. Outrossim, esse processo afeta também os grandes centros urbanos, uma vez que ao sofrer a exclusão socioeconômica no campo o indivíduo migra para os grandes centros em busca de melhores condições de sobrevivência e oportunidades. A Lei Maior (CF) determina que a obrigação de realizar a socialização do solo é inerente ao Estado, ou seja, o Estado precisa desobstruir o processo de desapropriação das grandes propriedades improdutivas – latifúndios – para garantir o uso desse solo por aquelas pessoas que querem torná-lo produtivo. Essas grandes extensões de terras precisam ser redistribuídas às famílias de trabalhadores e trabalhadoras que sabem mexer com a terra e que poderiam sanar suas deficiências econômicas por meio do trabalho realizado com o solo.

Embora o Estatuto da Terra reze que o Estado deva garantir que cada tra-

² MARQUES, Benedito Ferreira. Direito Agrário Brasileiro. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2012. P. 129.

³ Estatuto da Terra. Lei n° 4.504/1964, art. 1°, § 1°.

balhador tenha direito de acesso a terra para dela retirar seu sustento, não é bem isso que acontece no Brasil. Mesmo após a formalização suprema desse direito em 1988 através da promulgação da Constituição Federal a reforma agrária caminha à passos de tartaruga. Ainda é preciso superar muitos desafios, sobretudo o poder da bala dos grandes latifundiários, as dificuldades enfrentadas no âmbito jurídico e a dificuldade de manter as famílias na luta, pois o sofrimento quase sempre é demasiadamente elevado para que possa ser suportado por muitas dessas famílias. Todavia, veremos esses pontos mais adiante.

O art. 5º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988 reza que “a propriedade atenderá sua função social”. No mesmo sentido o art. 186 dispõe sobre os elementos da função social da propriedade:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Nesse sentido, percebe-se que para cumprir sua função social é necessário que a propriedade tenha aproveitamento racional e adequado do seu solo, que não degrade o meio-ambiente, que adote as medidas necessárias para revitalização das áreas degradadas em função da produção e que se utilize de forma adequada os recursos naturais daquela propriedade. Os dois incisos derradeiros observam sobre as disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração – da terra – que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A Constituição Federal também elenca algumas disposições em relação à reforma agrária em seu art. 184:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de

preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Percebe-se que o legislador não trata de qualquer imóvel rural para fins de destinação ao processo de reforma agrária, mas sim daquele que não esteja cumprindo sua função social nos ditames do art. 186 da Carta Magna. As terras improdutivas, que não estejam sendo cultivadas de maneira racional e adequada ou onde não exista manuseio adequado das fontes e recursos naturais e preservação do meio-ambiente deverão passar pelo processo de redistribuição às famílias camponesas que pretendem dar a destinação correta para essas áreas. Já em relação à propriedade produtiva e a pequena ou média propriedade o legislador constitucional garante tratamento especial em face do processo de reforma agrária.⁴

A expropriação e a compra e venda são as maneiras pelas quais o Estado pode se apoderar das terras passíveis de reforma agrária. Nesse sentido, em relação ao instrumento da compra e venda, a Lei 8.629/1993, que dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos ao tema, e o Estatuto da Terra determinam que o pagamento deverá ser efetivado de forma escalonada em Títulos da Dívida Agrária – TODA. Tais títulos poderão ser resgatados em parcelas anuais, iguais e sucessivas, a contar do segundo ano de sua emissão, outrossim, observadas as condições apresentadas pela Medida Provisória nº 2.183-56/2001.

Ainda em relação ao instrumento de compra e venda, dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA indicam que somente de 2003 a 2009 o Governo Federal comprou mais de 40 (quarenta) milhões de hectares de terras para fins de reforma agrária, enquanto que a expropriação atingiu apenas três milhões de hectares.⁵

Conforme o art. 6º do mesmo instituto jurídico anteriormente citado – Lei 8.629/1993 – o INCRA é o órgão federal responsável por informar se a proprieda-

⁴ O artigo 185 da Constituição Federal diz que a pequena e média propriedade rural não devem ser objeto de reforma agrária, salvo se o proprietário desta não possuir outra propriedade rural. Acrescenta ainda em seu parágrafo primeiro que a lei garantirá tratamento especial para a propriedade produtiva, de modo que estabelecerá normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

⁵ FRANCISCO, Wagner De Cerqueira E. "Reforma Agrária"; *Brasil Escola*. Disponível em <http://www.brasilecola.com/sociologia/reforma-agraria.htm>.

de atinge graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, o que determinará se a terra está sendo produtiva, bem como se é possível realizar a desapropriação em detrimento do processo de redirecionamento para fins de reforma agrária.

3. REFORMA AGRÁRIA E A DESIGUALDADE SOCIAL

Existem diversas formas diferentes pelas quais a sociedade e o Estado podem superar a desigualdade social e econômica. É possível investir em políticas públicas e ações afirmativas que contornem situações que geram esse mal que atormenta a comunidade humana – a desigualdade. Na verdade, que atormenta aqueles indivíduos que são vítimas desse processo de exclusão e apartamento socioeconômico, que impede alguns seres humanos de viverem suas vidas de forma justa e digna, de desfrutarem das riquezas que o Planeta pode oferecer a todos os seres humanos.

Não pretendo abordar todas as ações que podem ser adotadas no sentido de sanar a mazela ora exposta no parágrafo anterior. Todavia, falar da reforma agrária como elemento de superação da miséria, da fome e da desigualdade entre os seres humanos é fundamental para que se possa entender o quanto é importante esse tão desconhecido instrumento de justiça e de esperança.

Abordar o tema da reforma agrária como elemento de superação da fome e da miséria pode soar para alguns setores da sociedade como perda de tempo, pois, *a priori*, o momento de fazer reforma agrária estaria ultrapassado. Ora pois, engana-se quem pensa dessa forma, uma vez que este processo redistribuição do solo representa um importante passo para que a comunidade internacional possa superar as grandes crises que assolam o planeta.

O que fomenta as crises econômicas internacionais é o modelo econômico atualmente adotado. A forma de produção e de exploração do homem pelo homem e do homem em face do meio-ambiente corroboram para a destruição do planeta e da própria espécie humana. O escritor e teólogo Leonardo Boff, em seu livro “O Tao da Libertação”, explana com muita sabedoria essa questão da submissão humana (e dos direitos do homem) aos interesses econômicos, bem como a supressão dos recursos naturais em detrimento a um modelo de crescimentos que, segundo o próprio Boff, já nasceu deficiente.⁶

⁶ BOFF, Leonardo. O Tao da Libertação. Petrópolis/RJ. Ed. Vozes. 2ª Edição. 2012, p. 94-96.

Esse modelo nasce e se sustenta sob a égide da vontade de algumas pessoas e/ou grupos específicos de pessoas que tem por objetivo acumular cada vez mais riqueza e poder. Sob essa concepção de acúmulo de poder, incluindo a concentração de terras nas mãos de poucas pessoas dentro do Estado brasileiro reflete com nitidez o modelo capitalista opressor e desleal que abarca a comunidade internacional. Também salienta o egoísmo humano que se sobrepõe aos interesses da coletividade em prol de estilos de vida não condizentes com o que a “Mãe Terra” é capaz de oferecer.

Na concepção de Thomas Hobbes⁷, “(...) embora qualquer homem possa dizer, de qualquer coisa, “isto é meu”, não poderá, porém, desfrutar dela, porque seu vizinho, tendo igual direito e igual poder, irá pretender que é dele essa mesma coisa”. Nesse sentido é possível entender que o homem, na concepção de Hobbes, mesmo tendo a ambição de possuir mais – ou tudo, não poderia desfrutar daquilo que pretendia, pois pela igualdade entre os homens, o outro também haveria de ter o mesmo direito de desfrutar da coisa. Portanto, o ideal seria que se usufruísse da coisa de forma coletiva.

A perspectiva individual da propriedade, onde uma pessoa se vê com direito de adquirir a maior quantidade de bens possíveis não deixa de ser legítimo sob a concepção do direito à propriedade ora apresentado pela própria Constituição Federal (Dos Direitos e Garantias Fundamentais). Todavia não questiono o direito legítimo da cada pessoa que, com seu trabalho e sem lesar os direitos alheios, deseje acumular a conquista proveniente de seu trabalho e de sua família. A questão é que o exorbitante acúmulo de bens – riquezas – por parte de pequena parcela da sociedade acarreta fome e miséria em detrimento de outra significativa parcela da sociedade que, para garantir a ostentação daqueles, precisa viver em situações de extrema vulnerabilidade. Outrossim, essa vulnerabilidade faz com que o indivíduo se submeta aos interesses do opressor, uma vez que necessita do mínimo para sua sobrevivência e de sua prole (é o exemplo das empresas que em pleno século XXI ainda exploram seus trabalhadores de forma análoga ao trabalho escravo). Nesse sentido importa debruçarmos ao pensamento de Fábio Konder Comparato⁸:

⁷ HOBBS, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 33

⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989. p. 56.

“(…) O núcleo essencial dos direitos humanos corresponde ao respeito à vida e à dignidade da pessoa humana. Por essa razão, a pena de morte é essencialmente antijurídica e a propriedade privada só pode ser considerada direito humano quando tem por objeto os bens necessários a uma vida digna e sóbria, e não quando enseja o exercício de poder sobre os outros homens.”

Essa visão socialista moderna de Comparato nos remete à dignidade da pessoa humana como elemento intrínseco ao conjunto de direitos de cada indivíduo, independente de quaisquer peculiaridades deste. O autor acredita que a propriedade deve atender a necessidade de sobrevivência do ser humano de maneira digna e sóbria. Entende que a exorbitância em relação ao acúmulo de bens não condiz com o princípio da dignidade da pessoa humana e ainda rechaça a função da propriedade como elemento que enseje o exercício de poder de algumas pessoas sobre outras.

Interessando a posição de Comparato, uma vez que é perceptível em meio a sociedade o comportamento de algumas pessoas no sentido de se valerem do acúmulo de riquezas para sobrepor seus interesses em relação aos da coletividade. Nesse sentido não poderia deixar de mencionar o exemplo da influência que o poder econômico exerce sobre o resultado do processo eleitoral no Brasil – através do financiamento privado de campanhas eleitorais, suplantando o princípio democrático da livre escolha do povo em escolher seus representantes.

Esse processo de financiamento privado de campanhas eleitorais bancado por grupos com forte poder econômico perpassa, principalmente, a seara do poder econômico ruralista, o maior vilão da reforma agrária. Na Câmara dos Deputados a bancada ruralista, financiada por dinheiro dos grandes ruralistas latifundiários, é a segunda maior bancada, só ficando atrás para os empresários (que também se enlaçam ao poder econômico para alcançar êxito em seus pleitos). Ou seja, acaba sendo muito difícil aprovar no Congresso Nacional quaisquer medidas que atenda aos interesses dos trabalhadores e trabalhadoras rurais sem terra. Qualquer movimento de projeto legislativo que tenha por objetivo fortalecer o instrumento da reforma agrária é rapidamente desarticulado pela bancada que defende o acúmulo de terras e de riquezas, ou seja, a bancada rura-

lista e outras que dependem exclusivamente do poder econômico para se manter no cenário político.

Mesmo que os direitos naturais garantam o processo de redistribuição das riquezas, como no caso da reforma agrária, têm-se ainda o arbítrio imposto pelo poder econômico que inclusive financia a violência para impedir que seja efetivado o que estabelece a legislação. Em diversos Estados brasileiros não são raros os casos de ameaças e assassinatos cometidos contra lideranças do movimento de luta pela reforma agrária. Nesse sentido, em decorrência da violência oriunda dos conflitos entre fazendeiros/latifundiários e movimentos sociais de luta pela terra, criou-se a Comissão Nacional de Combate à Violência no Campo, que visa amenizar as situações de risco, ameaças e mortes no campo. Na perspectiva de evitar mais mortes de lideranças da luta pela reforma agrária também é forte atuação do Programa de Proteção a Defensores de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República – PPDDH/SDH/PR, onde a maioria dos casos estão diretamente ligados aos conflitos agrários.

Nessa perspectiva, o direito de resistência exercido pelos movimentos sociais de luta pela reforma agrária em decorrência da ausência de legitimação e execução das normas vigentes na Constituição Federal, no Estatuto da Terra e na Declaração Universal dos Direitos Humanos é muito bem explicitado por Norberto Bobbio⁹:

Quando os direitos do homem eram considerados unicamente como direito natural, a única defesa possível contra a sua violação pelo Estado era um direito igualmente natural, o chamado direito de resistência. Mais tarde, nas Constituições que reconhecem a proteção de alguns desses direitos, o direito positivo de promover uma ação judicial contra os próprios órgãos do Estado. Mas o que podem fazer os cidadãos de um Estado que não tenha reconhecido os direitos do homem como direitos dignos de proteção? Mais uma vez, só lhes resta aberto o caminho do chamado direito de resistência.

⁹ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 31.

Conforme Belizário Meira Neto¹⁰, esse direito de resistência mencionado por Bobbio é um direito natural utilizado no sentido de garantir a preservação de outros direitos naturais que por ventura não estejam positivados, ou que, caso já forem positivados, ainda não sejam respeitados e garantidos pelo Estado.

Bobbio também aborda essa questão do direito natural de forma muito perspicaz ao afirmar que o direito de resistência é um direito secundário que intervéem quando são violados os direitos de liberdade, de propriedade e de segurança (direitos primários). No entanto, embora o direito de resistência tenha por escopo tutelar outros direitos, não poderia ser tutelado, de modo que deve ser exercido sob todos os riscos e consequências por parte daqueles que o invocam.¹¹

Nesse sentido é possível afirmar que as ações de ocupação de terras devolutas e de grandes latifúndios devem ser entendidas como direitos de resistência ora exercidos pelos movimentos sociais que lutam pela garantia de direitos positivados na Constituição Federal, mas que não são observados pelo próprio Estado. Da mesma forma as “retomadas” são para os povos indígenas que, quando no anseio de recuperar suas terras ora invadidas por madeireiros, posseiros ilegais e fazendeiros, agem por conta própria e às vezes com brutalidade e rispidez.

A luta dos trabalhadores rurais pelo direito a terra é uma alternativa eficaz para superação da pobreza no campo. Porém, obviamente, como já visto, existem outros fatores que devem se somar à redistribuição de terras para que se alcance a essência da reforma agrária. É fundamental a criação de mecanismos que garantam aos trabalhadores rurais a plena exploração sustentável da terra, com conhecimento técnico para produzir conforme as peculiaridades de cada região e em acordo com a cultura local. Esse conhecimento técnico deve provir de capacitação profissional que deve ser ofertada pelo próprio Estado, este que deve oferecer ainda as condições necessárias para a formação técnica dos trabalhadores rurais. Também é necessário que o Estado se debruce sobre a perspectiva de garantir subsídios para que essas famílias de trabalhadores rurais possam financiar suas produções. Ora pois, não é viável que se produza sem que haja o devido manejo das terras, o que demanda, além do conhecimento técnico de produção, recursos financeiros para aquisição de equipamentos, insumos, sementes, maquinários, etc..

¹⁰ NETO, Belizário Meira. *Direito de Resistência e o Direito de Acesso à Terra*. Rio de Janeiro: Impetus, 2003. p. 66.

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos, 1992. p. 95

Todo esse processo sendo realizado com responsabilidade por parte do Estado certamente representaria um importante impulso para redução das desigualdades socioeconômicas, principalmente na área rural. Traria melhores condições de sobrevivência para os trabalhadores do campo, melhorando as condições de vida de toda a comunidade rural e ofertando oportunidades de emancipação para o público jovem dessas regiões. Ademais, reduzindo e possivelmente revertendo o fluxo de migração do campo para os grandes centros urbanos.

O pensamento de que a propriedade rural deve ser socializada também é defendida por Karl Marx. Marx atribuía ao modelo de produção capitalista o problema da concentração de terras e riquezas. Em sua época o filósofo já chamava atenção para o fato, que pra ele era extremamente negativo, de que os possuidores de terras, sobretudo em grandes extensões, se apropriavam do fruto do trabalho dos homens da lavoura. Afirmava que o possuidor de terras era um arrendador das terras, um mero receptor da renda gerada pelo esforço do lavrador, este último que de fato realizava o trabalho de produção. Vale transcrever um trecho de sua conhecida obra, *O Capital*¹²:

Viu-se que a tendência constante e a lei do desenvolvimento de modo de produção capitalista é separar cada vez mais do trabalho os meios de produção e concentrar cada vez mais em grandes grupos os meios de produção dispersos, portanto, transformar o trabalho em trabalho assalariado e os meios de produção em capital. (...) A transformação da propriedade fundiária corresponde ao modo de produção capitalista.

Embora o pensamento de Marx remonte ao século XIX, atualmente essa realidade é visivelmente constatada em todas as regiões do Brasil e do mundo. As imponentes máquinas agrícolas ocuparam o espaço do lavrador. Após o processo de modernização dos meios de produção agrícolas a exclusão social sofreu uma elevação descomunal. Isso fez com que as pessoas resolvessem sair da área rural, pois suas formas de subsistência foram substituídas por maquinários modernos e com capacidade de produção muito superior à mão-de-obra humana.

¹² MARX, Karl. *O Capital*. Prefácio 1º Ed. 1867.

Esse processo provocou, como frisado anteriormente, o êxodo rumo aos centros urbanos, pois os trabalhadores ficaram sem opção de trabalho e renda.

No rumo do pensamento marxista, é prudente frisar que o modelo de produção agroindustrial representa um elemento essencial para a geração da pobreza e da fome em todo o mundo. Certamente é necessário um estudo mais profundo em relação aos malefícios trazidos por esse modelo de produção que, ao mesmo tempo que gerou riqueza por um lado, aprofundou em demasia o processo de elevação da miséria e da desigualdade.

Isso ocorre por que a agroindústria não chegou desacompanhada, trouxe também outros elementos que, em conjunto, produzem toda essa pobreza e desigualdade. A industrialização do processo de produção no campo incitou fortemente a concentração de terras em todas as regiões do Brasil. Os produtores passaram a buscar desenfreadamente a posse das terras, seja para produção imediata de grãos e outros produtos e/ou para criação de gado ou, até mesmo, para especulação imobiliária de grandes extensões de terras que posteriormente passariam a valer muito mais. Importa salientar que essa busca desenfreada por grandes extensões de terras não poupou as terras do próprio Estado. Pelo contrário, foram justamente as terras públicas que acabaram indo para a tutela dos fazendeiros e latifundiários.

O Estado brasileiro desempenhou papel fundamental no sentido de fortalecer esse processo de exclusão e de segregação das famílias camponesas e dos trabalhadores do campo. Ao contrário do que se espera de um Estado justo e democrático, o Estado brasileiro, sempre esteve debruçado na perspectiva de defender os interesses das elites econômicas e do capital financeiro internacional. Inclusive, no que tange à distribuição de terras para desenvolvimento econômico nacional, se ateuve apenas ao apadrinhamento dos “amigos da corte”. Esse apadrinhamento é ainda mais perceptível durante o período da ditadura militar no Brasil, quando se consolidou a mais vergonhosa distribuição das terras brasileiras.

4. O PAPEL DA REFORMA AGRÁRIA PARA SUPERAÇÃO DA POBREZA NO CAMPO E REDUÇÃO DA DESIGUALDADE

Os indivíduos socialmente conhecidos como “sem-terras”, são trabalhadores e trabalhadoras que lutam pelo direito de produzir a partir da terra. Esse

grupo social formado por homens e mulheres do campo que buscam um pedaço de terra para cultivar ou, até mesmo, recuperar parcelas de terras que outrora lhes tenham pertencido e que por alguma circunstância ilícita ou injusta lhes foram retiradas.

Nunca é demais expressar a importância da terra para cada trabalhador sem-terra, uma vez que esta representa muito mais que uma “ferramenta” para subsistência. A terra para essas pessoas envolve fortemente a questão cultural, simbólica e religiosa. De modo que o fato de não tê-la é uma circunstância que sonega a dignidade destes cidadãos, homens e mulheres que lutam em defesa do direito de ter como e onde “cultivar” suas próprias vidas.

A luta em torno da pretensão de uma área para cultivo e sobrevivência envolve muitos riscos aos trabalhadores rurais sem-terra. No Brasil há um número significativo de pessoas mortas em decorrência da luta em defesa da repartição justa da terra. Lideranças de movimentos sociais de luta pela reforma agrária são perseguidos, ameaçados e não raramente mortos por estarem liderando seus movimentos sociais em busca dos direitos à terra. Segundo informações da Comissão Pastoral da Terra¹³ apenas no primeiro semestre de 2015 ocorreram 23 assassinatos de pessoas ligadas à luta pela terra, sendo que no mesmo período de 2014 foram 20 assassinatos.

Diante dessa desenfreada caça aos militantes do campo, como fora mencionado anteriormente, algumas políticas públicas já foram implementadas pelo governo federal e pelos governos estaduais no sentido de sanar (ou diminuir) a violência impetrada contra esses trabalhadores e militantes do campo. Todavia, a matança e opressão desses trabalhadores e suas lideranças não finda. E, por incrível que pareça, o próprio Estado em muitas situações, através de seus agentes, é quem perpetua tal violência.

Os riscos e ameaças contra os trabalhadores rurais sem-terra decorrem das ocupações realizadas pelos trabalhadores em face de grandes parcelas de terras improdutivas (latifúndios). Segundo dados da Fundação *Right Livelihood Award* o estado do Pará, ocupa o pódio enquanto região com maior intensidade de violência no campo em nível internacional¹⁴. Maior parte dessa violência de-

¹³ Site da Comissão Pastoral da Terra: <http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes-2/destaque/2740-cpt-registra-23-mortes-no-campo-somente-no-primeiro-semester-de-2015>

¹⁴ UOL Notícias: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2013/04/02/disputa->

corre das ocupações realizadas pelos movimentos sociais que defendem a reforma agrária e que enfrentam o poder econômico ruralista que, em contrapartida, age com extrema violência e utilização de armas de fogo de grande calibre.

Todavia importa frisar que, via de regra, as ocupações seguem procedimentos legais e pacíficos, não incitando violência por parte dos trabalhadores. Nas circunstâncias em que ocorrem conflitos, estes se dão após as fases de negociações e longos embates judiciais. Quase sempre os conflitos ocorrem em meio a disputas por áreas que já se encontram em processo de desapropriação, bem como em áreas classificadas como improdutivas. De modo que a violência praticada contra os trabalhadores rurais sem terra não perpassa outras circunstâncias senão o apego dos proprietários e posseiros ilegais em relação às terras da União adquiridas e mantidas por meio de procedimentos ilícitos ou que estejam em contradição com sua função social.

Ainda em relação às ocupações é relevante frisar que este é o principal modo que o movimento social encontrou para pressionar o Estado a cumprir o que estabelece a Constituição Federal no que se refere à reforma agrária. Esse modelo de pressão exercida pelos trabalhadores rurais sem terra contra o Estado é muito parecido com a greve praticada por servidores públicos quando pretendem garantir ou alcançar direitos em razão de suas atividades.

Em decorrência do que foi exposto, fica evidente que esse povo – sem terra – não mede esforços para garantir a efetividade de seus direitos enquanto trabalhadores rurais ansiosos pelo seu espaço de labor e produção. É importante apresentar as dificuldades enfrentadas por essas famílias durante parte do processo de luta justamente para ficar claro que este povo não optou por essa luta simplesmente porque é legal levar tiro de fazendeiro. Essas pessoas encaram a luta porque precisam se colocar dentro da cadeia de sobrevivência em meio ao sistema desleal e injusto que não poupa os que têm medo de lutar.

A maioria dessas famílias camponesas não possuem outros saberes que não sejam aqueles oriundos da vida no campo. Certamente que alguns trabalhadores ainda conseguem espaço no mercado de trabalho em decorrência de terem tido oportunidade de alcançar outras formações para além do manuseio do dolo. Porém, a maioria desses trabalhadores são pessoas que “só sabem produzir

usando uma enxada e um pedaço de chão”. Estes são seres humanos que sobrevivem sem o mínimo de dignidade por não ter suas principais ferramentas de sustento ao alcance, e que as enxergam em mãos impróprias, daqueles que delas não necessitam, mas que as matem sob domínio em prol da simples vontade de acumular riqueza e poder.

Todo esse processo de acúmulo e concentração de riqueza e poder gera um Estado extremamente desigual, injusto e miserável. É possível perceber a discrepância econômica entre as classes sociais de forma absolutamente desmedida e vergonhosa. O Brasil, por ser um país com imensas extensões de área produtiva, deveria obedecer a Carta Magna do Estado e promover a redistribuição do solo de maneira mais justa e digna. No entanto, o que se percebe é que se caminha na contramão em relação ao que determinou o constituinte de 1988. O Estado não consegue estruturar uma política de inclusão camponesa nos ditames legais. Certamente o fato de que as instituições responsáveis por encaminhar esse processo de reforma agrária estarem sucateadas e desestruturadas corroboram para o desastre que é a política de desenvolvimento agrário no Brasil.

Nesse sentido é possível vislumbrar uma grande perspectiva em torno da redistribuição das terras do Estado, que representa, para milhões de trabalhadores e trabalhadoras, a superação do status *a quo* de miserabilidade e apartamento social. É possível também enxergar, assim como essas famílias, a importância da socialização das riquezas que o planeta oferece, não apenas em relação às extensões territoriais, mas também em relação aos recursos naturais e minerais que atualmente só servem ao capital financeiro, ou seja, uma minoria que domina os meios de produção e exploração.

A reforma agrária propõe desconstruir essas dicotomias que imperam sobre a comunidade humana internacional. No Brasil, onde se prega a igualdade, fraternidade e justiça social, ainda é urgente a desconstrução da realidade conflituosa, violenta e mortal que envolve os que ousam se opor ao modelo agrário vigente.

Diante dessa situação só existe uma alternativa segundo o movimento dos sem-terra: ocupar, resistir o produzir. Ocorre que a ocupação de propriedade, segundo a lei penal, é crime. Todavia, os movimentos sociais não podem aguardar a morosidade do Estado no sentido de garantir o trâmite burocrático inerente às ações do Estado. Mas, principalmente, não é possível aguardar esse

trâmite em decorrência da grave situação de pobreza e exclusão enfrentada pelos trabalhadores sem-terra.

Segundo Thomas Miguel Pressburger, as classes sociais que dependem do uso da terra para sobreviver, através de suas lutas e enfrentamentos em defesa de seus ideais, marcam a história da humanidade. Relata ainda que essas marcas, oriundas da vitalidade e da força desses movimentos, provocam um desconcerto no próprio Estado e nas correlações de forças políticas e partidárias.¹⁵ No sentido que expõe Pressburger vale relembra o ocorrido em Eldorado dos Carajás, quando em 1996 a Polícia Militar executou 19 trabalhadores rurais no Estado do Pará. Além dos 19 militantes assassinados, cerca de 50 outros trabalhadores ficaram feridos nessa ação violenta e orquestrada pelo próprio Estado.

Talvez não seja pelo fato do Estado se encontrar contaminado pelos interesses da classe dominante que, por intermédio do poder econômico oriundo do acúmulo de riqueza no campo e na cidade, se apossam dos espaços de deliberação estatal e manipulam as decisões de acordo com os interesses individuais ou da burguesia. Ou talvez seja!

Percebe-se que sempre há uma polaridade entre o capital financeiro e aquele que direta ou indiretamente é apartado socialmente pelo sistema capitalista. Nesse sentido é interessante expor o pensamento de Belizário Meira Neto¹⁶. Ele diz que quando tratamos da questão da concentração da riqueza notamos que pouco evoluímos desde o momento em que o homem aprendeu a andar. Afirma que o momento atual não se distancia muito dos primórdios quando se trata da questão da ambição do ser humano.

Acompanhando o pensamento de Belizário é possível fortalecer a justificativa de que o ser humano é muito egoísta para conseguir entender a necessidade de socializar os recursos disponibilizados pela 'mãe natureza' ao conjunto da humanidade. Que se apropriar da maior quantidade de terras simplesmente para sanar o inescrupuloso desejo de possuir cada vez mais em detrimento da miséria do outro não condiz com a razão proveniente do ser racional, tampouco com os preceitos divinos.

¹⁵ PRESSBURGER, Thomas Miguel. O Direito Achado na Rua. Introdução Crítica ao Direito Agrário. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 115.

¹⁶ NETO, Belizário Meira. Direito de Resistência e o Direito de Acesso à Terra. Rio de Janeiro. Impetus, 2003. p. 22

Ainda no sentido de sustentar que a melhor distribuição da riqueza e da terra é salutar para a sociedade como um todo, apelo ainda ao sábio Santo Tomás de Aquino (citado por Cristiane Lisita). Este defendeu o uso comum (ou utilidade comum) da propriedade, de modo que o homem possa usufruí-la sem suplantar sua função social. Afirmo o religioso que a vida em sociedade é natural ao ser humano e que o direito à propriedade é intrínseco ao homem.¹⁷

Lisita, em “Fundamentos da Propriedade Rural”, expõe o fato de que existem diversos dispositivos legais (legislações internas e pactos internacionais) no sentido de garantir o direito à vida, inerente a cada ser humano.¹⁸ Embora a autora não exponha na passagem em comento, é fundamental ressaltar que não é apenas o direito à vida que se confunde com a própria existência de cada pessoa, mas sim o direito à vida exercida nos ditames da dignidade inerente ao ser humano. Tal dignidade não é alcançável sem que se possa desfrutar de alguns direitos fundamentais trazidos pela Carta Magna, como o direito à alimentação adequada, este que seja capaz de atender as necessidades de cada pessoa, garantido seu completo desenvolvimento físico e psíquico.

Importa frisar ante ao exposto no parágrafo anterior que o Brasil é um país autossuficiente em produção de alimentos, inclusive em detrimento ao desperdício de cerca de 50% (cinquenta por cento) de sua produção, segundo dados da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura – FAO.¹⁹ A Organização salienta que o desperdício se dá entre a colheita e o momento em que o alimento chega à mesa do consumidor e que, antes mesmo do processo de distribuição, existe uma perda de cerca de 10% (dez por cento) dessa produção já durante a colheita.

Ou seja, o solo brasileiro é capaz de suprir as necessidades de toda a parcela da população que ainda vive em situação de fome e pobreza. O que falta é uma efetiva política de distribuição eficaz em relação aos alimentos ora produzidos e, também, o aprimoramento dos meios de produção utilizados – terra, subsídios e capacitação.

¹⁷ AQUINO, Thomás de. ADUD LISITA, Cristiane. Fundamentos da Propriedade Rural. Ad. Mandamentos, Belo Horizonte. 2004. p. 88.

¹⁸ LISITA, Cristiane. Fundamentos da Propriedade Rural. Ad. Mandamentos, Belo Horizonte. 2004. p. 88.

¹⁹ Agência Brasil: <http://www.valor.com.br/empresas/3542338/metade-da-producao-de-alimentos-no-brasil-se-perde-na-distribuicao>

Acredito que um grande diferencial da produção oriunda da agricultura familiar proposta pela reforma agrária em face da agroindústria está justamente no modelo de produção e distribuição dessa produção. Como vimos, já existe uma produção suficiente para sanar o problema da fome no Brasil (e no mundo), mas o atual modelo em vigor não é capaz de colocar alimentos de qualidade na mesa de todos. Isso ocorre porque o atual modelo capitalista de produção não se importa em suprir as necessidades reais de cada ser humano. O objetivo desse modelo é lucrar, somente lucrar. Outrossim, não é possível lucrar tanto com o fornecimento de alimentos às famílias do sertão nordestino ou das localidades mais pobres do país. Ora pois, o que gera lucro é exportar para o mercado internacional, de modo que não há preocupação por parte dos meios de produção atuais com a garantia da subsistência da população em situação de vulnerabilidade que míngua no interior do país.

Cristiane Lisita afirma que esse modelo que mencionei acima tem acelerado as desigualdades sociais, aprofundando a miséria extrema de parcela da população, além de depredar a natureza. Frisa o fato de que os recursos naturais já se mostram fragilizados em decorrência do atual modelo capitalista de produção. Certamente se referindo ao processo de desertificação e envenenamento das áreas que deveriam ser destinadas para preservação da fauna e flora.²⁰

Acompanhando o pensamento da autora, entendo que somente redefinindo o modelo atual de produção será possível acabar com a miserabilidade e reduzir a desigualdade. É preciso fomentar um modo de produção que produza em maior quantidade e qualidade. Mas para que isso ocorra é necessário que se invista em capacitação dos trabalhadores rurais, para além da redistribuição da terra. Vale lembrar que o trabalhador rural, que é um pequeno produtor, não tem acesso ao crédito, de modo que se torna ainda mais necessário o acompanhamento por parte de profissionais de órgãos de Estado que auxiliem profissionalmente esses pequenos produtores rurais.

Voltemos à agricultura familiar para explicar sua importância em contrapor o atual modelo de produção agroindustrial em larga escala. Segundo dados do Ministério de Desenvolvimento Agrário cerca de apenas 20% (vinte por cen-

²⁰ LISITA, Cristiane. Fundamentos da Propriedade Rural. Ad. Mandamentos, Belo Horizonte. 2004. p. 169.

to) das terras cultiváveis estão sob o modelo da agricultura familiar. No entanto, o que causa espanto é o fato de que mesmo estando sob posse de uma menor quantidade de terras para produção, esses pequenos produtores são responsáveis por cerca de 70% (setenta por cento) de todo o alimento que chega à mesa do brasileiro²¹. Esses e outros fatores constatam que o modelo familiar de produção é mais eficaz que a produção em larga escala no que tange ao sustento das famílias brasileiras.

Mas não é só em relação ao volume de produção que a agricultura familiar se sobrepõe ao modelo agroindustrial. Obviamente que não se pode generalizar, mas a utilização de venenos e agrotóxicos na lavoura da pequena propriedade familiar é consideravelmente menor que nas produções em larga escala. Inclusive muitas pessoas acreditam que somente pelo fato do produto ser oriundo da agricultura familiar necessariamente este tende a ser um produto orgânico.

Em relação à utilização de agrotóxicos na produção de alimentos importa registrar dados do estudo realizado pelo Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos – PARA, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA.²² O estudo relata que ¼ (25%) das amostras de alimentos analisadas continham quantidade inaceitável de agrotóxicos, outrossim, que dentre os 75% restantes, mais da metade também estavam contaminados por agrotóxicos. Isso comprova a impropriedade dos alimentos produzidos pela agroindústria, onde significativa parte desses alimentos não deveriam ser direcionados à mesa do consumidor.

Por derradeiro é imprescindível mencionar um interessante elemento que justifica a maior importância da agricultura familiar como modelo de produção a ser fomentado pelo Estado e apoiado pela sociedade, qual seja: o aumento da renda das famílias que vivem na área rural, inclusive daquelas oriundas do processo de reforma agrária. Com o fortalecimento desse segmento é possível alcançar imediata solução para diversos problemas enfrentados pela sociedade contemporânea, sobretudo o dilema do superpovoamento dos grandes centros urbanos, da desigualdade e da fome.

²¹ Dados do Ministério do Desenvolvimento Agrário: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/garantia-safra-mais-seguran%C3%A7a-para-os-agricultores-familiares>

²² ANVISA: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/garantia-safra-mais-seguran%C3%A7a-para-os-agricultores-familiares>

Ante o exposto é notório que a reforma agrária se mostra como um importante instrumento de redução da pobreza e da desigualdade social e econômica. Equilibrar a posse e o uso do solo não é uma questão de luta por poder, mas sim por sobrevivência digna do ser humano e sustentabilidade para o planeta e para as gerações futuras.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com absoluta despreensão de querer esgotar a complexidade que envolve o tema da reforma agrária, tentei abordar de maneira breve e sucinta alguns elementos e conceitos que definem tal instrumento. O objetivo do presente artigo é abordar o tema da reforma agrária na perspectiva de mostrar que os movimentos sociais que lutam pelo histórico direito ao uso do solo (da terra) para sua sobrevivência é absolutamente legítimo e necessário para o desenvolvimento do Estado e da sociedade.

Acredito que tenha sido possível perceber que o processo de acúmulo de terras, riqueza e poder não satisfaz os anseios e necessidades da ordem social, de modo que os grandes latifúndios e a apropriação de grandes extensões de terras somente contribuem para o aprofundamento da miséria do trabalhador e da própria sociedade. Outrossim, essa é uma circunstância vivida não apenas pelo trabalhador rural sem terra, uma vez que todo o conjunto da sociedade passa a conviver com as mazelas resultantes desse processo de desenfreada monopolização dos meios de produção no campo, quais sejam: desemprego; miséria; fome, desigualdade, injustiça; violência.

É imprescindível fomentar um novo modelo de produção que satisfaça de fato as necessidades da coletividade e que se contraponha ao atual modelo de opressão e apartamento sócio-produtivo e econômico ora em vigência. Da mesma forma, no que se refere à propriedade rural, é necessário que cada ser humano consiga entender a função social da terra, bem como qual sua real função face às necessidades humanas e quem pode desfrutar dos benefícios que a terra pode proporcionar. O povo brasileiro não pode permitir que se dê continuidade ao atual modelo de exploração do solo em vigor, este que visa garantir apenas a manutenção dos privilégios de uma pequena parcela da sociedade. É importante que o povo se posicione no sentido de escolher o projeto de sociedade que se

pretende construir, e aponte quais os mecanismos que deverão ser implantados para garantir a efetivação dessa construção.

Nesse sentido, a proposta apresentada pelos trabalhadores e trabalhadoras rurais que lutam pelo direito ao uso coletivo e sustentável do solo constitui-se sob um modelo de produção que atenda a coletividade. Estes trabalhadores acreditam que com a reforma agrária é possível superar diversas mazelas sociais que impedem o efetivo desenvolvimento do Estado brasileiro, sobretudo com o fortalecimento econômico e emancipação das famílias que vivem no campo. Acreditam que por meio da reforma agrária é possível emplacar um modo de produção ambientalmente sustentável que acolha o trabalhador rural, reverta o atual processo de migração para os grandes centros urbanos e proporcione hábitos alimentares saudáveis às comunidades urbanas e rurais.

Por derradeiro saliento a importância de acreditar e lutar por uma sociedade estruturada nos ditames da igualdade, justiça, liberdade e fraternidade. Construir uma sociedade onde cada indivíduo possa desfrutar da dignidade humana que lhe é inerente. Que cada pessoa tenha o compromisso individual de fomentar o bem-estar social e coletivo na perspectiva de construir uma sociedade sustentável e que acolha as gerações futuras com dignidade e esperança.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA BRASIL: <http://www.valor.com.br/empresas/3542338/metade-da-producao-de-alimentos-no-brasil-se-perde-na-distribuicao>

BOBBIO, Noerberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

BOFF, Leonardo. O Tao da Libertação. Petrópolis/RJ. Ed. Vozes. 2º Edição. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. 1988.

FRANCISCO, Wagner De Cerqueria E. “Reforma Agrária”; *Brasil Escola*. Disponível em <http://www.brasilecola.com/sociologia/reforma-agraria.htm>.

HOBBS, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

LISITA, Cristiane. Fundamentos da Propriedade Rural. Ad. Mandamentos, Belo Horizonte. 2004.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito Agrário Brasileiro*. 10ª Edição. Ed. Atlas S.A.. São Paulo, 2012.

MARX, Karl. *O Capital*. Prefácio 1ª Ed. 1867.

NETO, Belizário Meira. *Direito de Resistência e o Direito de Acesso à Terra*. Rio de Janeiro. Impetus, 2003.

OLIVEIRA, Umberto Machado de. *Princípios de Direito Agrário na Constituição Vigente*. Ed. Juruá. Curitiba, 2004.

PRESSBURGER, Thomas Miguel. *O Direito Achado na Rua. Introdução Crítica ao Direito Agrário*. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2002. p. 115.

Site da Comissão Pastoral da Terra: <http://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes-2/destaque/2740-cpt-registra-23-mortes-no-campo-somente-no-primeiro-semester-de-2015>

ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL COMO ADULTO E AS CONSEQUÊNCIAS PARA O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

Ícaro de Jesus Maia Cavalcanti¹

RESUMO

Apresentadas algumas características do sistema carcerário brasileiro e do sistema de acolhimento de jovens infratores, pondera-se sobre as consequências da redução da maioridade penal sobre o sistema como um todo; utilizando a Análise Econômica do Direito chegou-se à conclusão de que a modificação planejada alterará pouco a entrada de jovens e adultos no sistema, mas piorará a situação do encarcerado e da população em geral; não se chegando à conclusão de que a idade penal não deva ser reduzida, mas de que a redução da forma apresentada não surtirá qualquer melhora no sistema.

1. INTRODUÇÃO

Há no Brasil um forte movimento pela redução da maioridade penal, liderado por um intenso apoio popular e por um claro movimento político e da imprensa telemática, responsável por informar sobre os contínuos e crescentes atos infracionais praticados por pessoas com menos de 18 anos, em especial aqueles entre 16 e 18 anos, consideradas em estado transitório de maturidade pela legislação brasileira.

A resistência à redução da maioridade penal fica a cargo dos movimentos humanitários e das correntes doutrinárias ligadas à proteção do menor e da valorização do Estatuto da Criança e do Adolescente, que militam pela impossibilidade de se julgar e punir um adolescente como adulto plenamente discernente, por estar em momento de delicado amadurecimento pessoal e integração pessoal com a realidade da vida adulta.

O debate se intensifica em todos os ambientes do país, dentro das faculdades, na mídia artística e informativa, no parlamento, nas residências e nos

¹ Advogado, pós-graduando em Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, SEPN 707/907 - Asa Norte - Brasília-DF. E-mail: icaro@aquinoecavalcanti.adv.br.

ambientes de trabalho da população em geral, derivado do constante aumento nos índices de criminalidade ligados aos “menores”, que a cada dia intensificam a força de quem pugna pela redução, enquanto o argumento de que “menores cometem menos crimes” perde força.

Foi estipulado pelo Código Penal Brasileiro² e pela Constituição Federal³ que a imputabilidade para o cometimento de um crime no Brasil se inicia com 18 anos, para os mentalmente capazes, sendo chamado de “critério biológico” pela doutrina.

Nem sempre o entendimento sobre a imputabilidade penal foi esse, durante a vigência do Código Criminal de 1830⁴, aquele que tivesse idade maior que quatorze anos era plenamente imputável pelo eventual cometimento de crime. Essa lei criou a possibilidade de se imputar crimes a pessoas com até 10 anos, devendo submeter o acusado a um exame psicológico que iria definir seu discernimento para o cometimento de crimes⁵, critério chamado pela doutrina de “psicológico”, por depender de uma avaliação da capacidade mental do sujeito, que poderia ou não ser julgado como adulto.

Após a instituição do Código Penal atual, de 1940, fixou-se a idade mínima em 18 anos, com a alteração feita no ano de 1969, por meio do Decreto-Lei nº 1004/69⁶, que acabou por reinstaurar o critério psicológico de imputação penal, reconhecido entre os 16 e 17 anos, momento em que:

Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. (Menores)

Insatisfeitos com o resultado e, determinados a modificar a política crimi-

² BRASIL, **Código Penal Brasileiro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

³ BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessada em: 17 de setembro de 2015.

⁴ BRASIL. **Código Criminal do Brasil de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

⁵ RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1860> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

⁶ BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.004 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1004.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

nal imputada aos “menores delinquentes”, a idade voltou a ser estabelecida em 18 anos⁷.

É interessante salientar a justificativa para o retorno ao critério objetivo de 18 anos, editada pelo ex-deputado Ibrahim Abi-Ackel⁸, que se pauta na importância de destacar que:

Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído.

Sem adiantar a argumentação posterior, é possível ver que o debate sobre o aumento da criminalidade e a presença dos jovens não é tão novo quanto se imagina, assim como a participação de pessoas com menos de 18 anos não é tão ínfima quanto se aponta. Ao longo da história legislativa foram apresentados inúmeros projetos de lei que pretendiam reduzir a idade mínima para a imputabilidade penal, sempre baseados em alegações similares de aumento da criminalidade, discernimento pleno dos jovens, impunidade, etc.

Dois projetos de compreensível relevância e que se espelham ao que está sendo visto hoje são o PL 334 de 1979, do Deputado Péricles Gonçalves e o PL 370 de 1979, do Deputado Antônio Zacharias⁹. Esses projetos intentavam a redução objetiva da maioria penal de 18 para 16 anos.

A argumentação do deputado Péricles era clara no sentido de terror e da falta de punição efetiva, utilizando-se de frases como as a seguir colacionadas:

A onda avassaladora de crimes (...) a população vive em permanente sobressalto, temendo a aparição, a qualquer instante, e em qualquer lugar, de bandidos que roubam para matar ou matam para roubar (...) à insegurança em que vive a sua população, já descrente das autoridades policiais e judiciárias (...) Não se pode combater, preventiva e repressivamente, o crime, em 1979, com uma

⁷ BRASIL. **Lei nº 7.209 de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7209.htm> Acesso em 02 de outubro de 2015.

⁸ BRASIL. **Lei nº 7.209 de 1984**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=82614>> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

⁹ GONÇALVES, Péricles e ZACHARIAS, Antônio. **Projeto de Lei Nº 334 de 1979 e Projeto de Lei Nº 370 de 1979**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1EBD30F1B2E1A085CDE054A7D8BECFCA.proposicoesWeb2?cod-teor=1181733&filename=Avulso+-PL+334/1979> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

legislação de quarenta anos atrás, desatualizada, como é o Código Penal de 1940 (...) justifica-se o rebaixamento da idade da responsabilidade penal, ante o grave problema da delinquência juvenil.

De forma objetiva, o Deputado Laercio Pellegrino apresentou argumentos contrários que em muito se assemelham com os argumentos vistos hoje em dia, como a ausência de discernimento, a indiferença dos “novos meios de informação”, entre outros pontos, da seguinte forma sumarizados¹⁰:

Em regra, é a própria lei da vida que nos ensina, não ter o menor de 18 anos a capacidade total de discriminar, separar, distinguir enfim o bem do mal. E certo que, nos dias atuais, com os modernos, meios de comunicação, os jovens estão muito mais bem informados. Ocorre, porém, que esses próprios meios de comunicação, contribuem, muitas vezes, não para informa-los do que é certo ou correto, mas para tenta-los, seduzi-los para o vício e o próprio crime. (...) Então, não há que se alegar ser benéfica a informação recebida, pelo jovem moderno, eis que ela, comumente, lhe e até prejudicial.

É imprescindível para a finalização desse momento introdutório apresentar as conclusões do Deputado Laercio, que já nessa época apontava os problemas do sistema prisional brasileiro e o objetivo finalístico do Código Penal em encarcerar apenas em último caso, com o objetivo duplo de punir e recuperar, lembrando que todo esse debate se deu anteriormente à instauração da Constituição Federal de 1988, pois veja¹¹:

Finalmente, quanto ao último fundamento constante da justificação, i.e., que se daria, com a aprovação do projeto, maior responsabilidade aos jovens, pensamos que o senso do cumprimento do dever e a disciplina consciente, bem como o respeito para com os semelhantes, não haverão de ser impostos mas ensinados aos jovens, no lar e nas escolas. Enfim, a nova filosofia, na área do Direito Penal, entende que a pena de prisão deve ser reservada para os crimi-

¹⁰ GONÇALVES, Péricles e ZACHARIAS, Antônio. **Projeto de Lei Nº 334 de 1979 e Projeto de Lei Nº 370 de 1979**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1EBD30F1B2E1A085CDE054A7D8BECFCA.proposicoesWeb2?codteor=1181733&filename=Avulso+-PL+334/1979> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

¹¹ GONÇALVES, Péricles e ZACHARIAS, Antônio. **Projeto de Lei Nº 334 de 1979 e Projeto de Lei Nº 370 de 1979**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1EBD30F1B2E1A085CDE054A7D8BECFCA.proposicoesWeb2?codteor=1181733&filename=Avulso+-PL+334/1979> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

nosos de alta periculosidade, pois não alcança ela o duplo objetivo formal a que se propõe, i.e., punir e recuperar. Muito pelo contrário, a prisão, além de não recuperar, ainda corrompe.

Cabe salientar que ao indivíduo com menos de 18 anos era reservado o julgamento por um Juiz de Menores, que após sindicância poderia impor medidas detentivas, que poderiam ser cumpridas por diversos anos, sem limites, com o objetivo de educar e ressocializar aquele sujeito.

Com tudo isso é possível perceber que o debate enfrentado hoje em nada, ou muito pouco, se alterou em relação ao debate tido há 36 anos, as dificuldades enfrentadas pelos legisladores, pela polícia e pela população em geral continuam existindo e as alegações a favor ou contra a redução continuam presentes.

2. A BARREIRA ESTATÍSTICA E A FALTA DE ESTIMATIVAS OFICIAIS

Levando-se em consideração a existência de fatores políticos e interesses conflitantes, é muito complicado adquirir dados estimativos em relação à quantidade de ilícitos cometidos por menores infratores, o índice de reincidência e até a comparação de custos para a manutenção de uma casa de ressocialização e internação de menores em relação à um presídio.

Alguns fatores reais também tornam a análise dessas questões naturalmente complexa e potencialmente tendenciosa, como, por exemplo, a existência de uma enorme diferença de tempo para o cometimento de crimes entre 16 e 18 anos e os cometidos após 18 anos de idade.

Em uma sociedade utópica o índice seria de constante redução, pois, de acordo com que as pessoas fossem envelhecendo, sendo punidas e ressocializadas, os crimes teriam uma progressiva diminuição, até se chegar a um patamar quase nulo de criminalidade. Mas essa não é a realidade, de modo que crimes são cometidos por pessoas a todos os momentos, independentemente da idade.

Um exemplo importante desse tipo de leitura é o dado referente à proporção de homicídios praticados por pessoas entre 16 e 18 anos em relação aos ilícitos praticados por pessoas com mais de 18 anos, como foi a informação supostamente disponibilizada pelo Ministério da Justiça e pelo Unicef, em que apenas 1% dos jovens eram responsáveis pelos crimes cometidos no Brasil, que

foi amplamente publicada pela imprensa, como a Folha de São Paulo¹² e O Globo¹³, podendo cair para 0,5%, de acordo com a análise apontada, como é o caso do Portal Brasil¹⁴ e do Congresso em Foco¹⁵.

Apesar de ter sido veementemente contestada¹⁶, essa informação foi responsável por levantar sérias dúvidas sobre a análise estatística dos ilícitos praticados por menores no Brasil, pois poucos são os estados que fornecem informações sobre o assunto e os que fornecem não apresentam os métodos de pesquisa ou não apresentam conclusões consistentes, variando abruptamente de uma análise à outra¹⁷. Apresenta-se assim o primeiro problema para uma análise objetiva do caso.

Outra situação que deixa a análise ainda mais complexa é a falta de dados que façam referência aos índices de reincidência de pessoas com menos de 18 anos, devendo as estimativas ficarem a cargo dos locais de acolhimento, como a Fundação Casa, em São Paulo¹⁸.

Em relação à essa instituição para menores, é possível citar o caso dos dados conflitantes que foram coletados e contestados pelo Ministério Público

¹² G1, Profissão Reporter. **Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menores.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio-da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>> Acesso em 27 de setembro de 2015.

¹³ AMORIM, Silva. **Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

¹⁴ PORTAL BRASIL. **Menores cometem 0,9% dos crimes no Brasil.** Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/menores-cometem-0-9-dos-crimes-no-brasil>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

¹⁵ COSTA, Sylvio. **Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no país.** Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

¹⁶ NARLOCH, Leandro. **Mito: “Os adolescentes cometem menos de 1% dos homicídios do Brasil e são 36% das vítimas”.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/majoridade-penal/mito-os-adolescentes-cometem-menos-de-1-dos-homicidios-do-brasil-e-sao-36-das-vitimas/>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

¹⁷ FRAGA, Erica. **Lacuna em estatísticas sobre menores infratores contrasta com outros países.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1638676-lacuna-em-estatisticas-sobre-menores-infratores-contrastam-com-outros-paises.shtml>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

¹⁸ TRUFFI, Renan. **O que os dados da Fundação Casa dizem sobre a maioria penal.** Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-os-dados-da-fundacao-casa-dizem-sobre-maioridade-penal-9732.html>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

de São Paulo. A Fundação Casa divulgou¹⁹ a informação de que apenas 15% dos internos teriam retorno como reincidentes após o cumprimento de suas respectivas medidas socioeducativas ou, nos casos mais graves, após a o período de internação, mas após a intervenção do Ministério Público, chegou-se à conclusão de que a forma de estimativa utilizada deixava de considerar diversos aspectos reais relacionados à reincidência, que ao fim levaram a uma diferença de mais de 35%, entre os valores de reincidência divulgados pela Fundação e os valores divulgados pelo Ministério Público²⁰.

Inúmeros são os fatores relacionados à falta de dados estatísticos e, principalmente, a falta de objetividade nas pesquisas, o que invariavelmente prejudica qualquer tipo de estudo relacionado ao tema, fazendo com que as conclusões acabem por serem baseadas em fatos de pouca sustentação, ingerências pessoais e conclusões precipitadas.

Por esse motivo as informações utilizadas para os cálculos posteriores terão que ser baseadas em estudos precários ou estatísticas meramente exemplificativas, o que, invariavelmente, aponta para a forma abstrata de estudo do tema.

3. ALGUNS FATOS SOBRE AS UNIDADES DE INTERNAÇÃO E ACOLHIMENTO JUVENIL E OS ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS

É de conhecimento geral que os presídios²¹ e os centros de internação e recuperação juvenil²² não servem ao seu propósito fundamental, pois não são poucas as notícias de irregularidades e ilegalidades praticadas nesses ambien-

¹⁹ BRASIL, Emanuelle. **Taxa de reincidência entre internos da Fundação Casa é de 15%**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camارانoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/489058-TAXA-DE-REINCIDENCIA-ENTRE-INTERNOS-DA-FUNDACAO-CASA-E-DE-15.html>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

²⁰ TRUFFI, Renan. **O que os dados da Fundação Casa dizem sobre a maioria penal**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-os-dados-da-fundacao-casa-dizem-sobre-maioridade-penal-9732.html>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

²¹ DULLIUS, Aladio e HARTMANN, Jackson. **Análise do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

²² ZARDO, Claudia. **As adolescentes em conflito com a lei e o direito de papel**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3142> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

tes. Entre os principais problemas está a superlotação²³, a falta de investimento em pessoal e material para a ressocialização²⁴ e, especialmente, os maus tratos sofridos pelos condenados²⁵, sejam eles sentenciados a penas carcerárias ou socioeducativas.

A superlotação no sistema prisional se encontra em níveis alarmantes, seja pela falta de investimento e o sempre crescente número de prisões, vez que, já em 2013, seja pelo número de presos no Brasil, que já está alcançando o dobro da capacidade máxima, 256.294 presos em excesso, em um sistema que comporta 317.733 presos²⁶. Esse fato contribui para a precariedade dos programas de ressocialização, além inviabilizar a manutenção de programas estudantis e profissionalizantes, contribuindo para abusos, conflitos e a reincidência²⁷.

Outro fator de extrema relevância é a falta de agentes penitenciários em todo o território nacional. Em diversas partes do país faltam agentes para manter o sistema prisional em funcionamento, em alguns casos dificultando ou impossibilitando inclusive garantias constitucionais, como a visita e o atendimento por advogado, como são os casos do Rio de Janeiro, com um déficit de 8.411 agentes²⁸, Rio Grande do Norte, 600 agentes²⁹, Pernambuco, 4.700 servidores³⁰,

²³ TRUFFI, Renan. **MP denuncia governo Alckmin e Fundação Casa e fala em "nova Febem"**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/812/ministerio-publico-denuncia-governo-alckmin-e-fundacao-casa-e-fala-em-nova-febem-9382.html>> Acesso em 29 de setembro de 2015.

²⁴ NANÔ, Fabiano. **Menores internados na Fundação Casa ainda são vítimas de maus-tratos, diz coordenadora**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/11/27/menores-internados-na-fundacao-casa-ainda-sao-vitimas-de-maus-tratos-diz-coordenadora.htm>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

²⁵ ROMAN, Clara. **Adolescentes relatam maus-tratos na Fundação Casa**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/adolescentes-relatam-maus-tratos-na-fundacao-casa>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

²⁶ GOMES, Luis F. **Colapso do Sistema Penitenciário: Tragédias Anunciadas**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/colapso-do-sistema-penitenciario-tragedias-anunciadas/>> Acesso em 29 de setembro de 2015.

²⁷ VIANA, Johnnatan. **A crise do sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12228> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

²⁸ GLOBO, Extra. **Rio tem déficit de quase três mil agentes penitenciários em unidades prisionais do estado**. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/rio-tem-deficit-de-quase-tres-mil-agentes-penitenciarios-em-unidades-prisionais-do-estado-15666227.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

²⁹ TRIBUNA DO NORTE. **Sistema penitenciário do RN tem déficit de 600 agentes, diz Sindasp**. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/sistema-penitencia-rio-do-rn-tem-da-ficit-de-600-agentes-diz-sindasp/308724>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁰ DIARIO DE PERNAMBUCO. **Agentes Penitenciários notificam o Estado e denunciam déficit**

Piauí, 1.000 agentes³¹, entre outros casos, chegando ao cúmulo de existirem pessoas sendo encarceradas em containers³² e vigiadas por gansos³³, em mais de um estado³⁴.

A modificação da idade para a punição de pessoas entre 16 e 18 anos como adultos provocaria, para o Estado, uma piora considerável nesse quadro, pois uma grande parcela da população posta em regime de internação (70% dos jovens infratores apenas em São Paulo³⁵) seria encaminhada ao sistema prisional, efetuando uma mudança considerável no paradigma da instituição carcerária, que já possui uma carga de internos muito superior ao limite máximo permitido por lei e pelos parâmetros da ONU³⁶.

Assim, além de restar comprometida a capacidade de reintegração do preso à sociedade, como estipulou a Lei de Execuções Penais em seu 1º artigo³⁷, não há condições de se esperar uma melhora na situação carcerária do Brasil, que aumenta constantemente, não respeita os direitos mínimos da pessoa e não tem a menor expectativa de ressocialização do preso.

As instituições de acolhimento de menores infratores seguem em cami-

de 4,7 mil servidores. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/01/20/interna_vidaurbana,555957/agentes-penitenciarios-notificam-o-estado-e-denunciam-deficit-de-4-7-mil-servidores.shtml> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³¹ CIDADEVERDE.COM. **Piauí tem defasagem de mil agentes penitenciários, diz presidente de associação.** Disponível em: <<http://cidadeverde.com/noticias/191264/piaui-tem-defasagem-de-mil-agentes-penitenciarios-diz-presidente-de-associacao>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³² DALVI Bruno. **No Espírito Santo, o fim de presos em contêineres.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/no-espírito-santo-fim-de-presos-em-contêineres-11275663>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³³ GAMA, Aliny. **Com efetivo insuficiente, penitenciária usa gansos para vigiar presos no PI.** Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/05/04/com-efetivo-insuficiente-penitenciaria-usa-gansos-para-vigiar-presos-no-pi.htm>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁴ REDE RECORD. **Presídios e cadeias usam gansos para combater fuga de presos.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/presidios-e-cadeias-usam-gansos-para-combater-fuga-de-presos-20110812.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁵ VEJA. **Adolescentes de 16 a 18 anos cometem 70% dos atos infracionais em São Paulo.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/adolescentes-de-16-a-18-anos-cometem-70-dos-atos-infracionais-em-sao-paulo/>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁶ EVANGELISTA, Samara. **Redução da maioria penal e a influencia na população carcerária.** Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13188&revista_caderno=3> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 7.210 de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

inho similar ao dos presídios, pois a superlotação, os maus-tratos e a ausência de políticas para ressocialização estão todos presentes, como foi divulgado pelo Ministério Público ao visitar diversas instituições de acolhimento em 2013³⁸, momento em que foram constatados casos extremos, como no Mato Grosso do Sul, em que foi descoberta uma superlotação de mais de 350% de internos.

A característica fundamental de diferenciação entre a Lei de Execução Penal³⁹ e o Estatuto da Criança e do Adolescente é a forma de se vislumbrar o infrator. Enquanto a LEP cuida de punir e ressocializar, para que após o cárcere a pessoa esteja apta a reintegrar à sociedade sem maiores prejuízos, o ECA⁴⁰ se preocupa em proteger integralmente a criança e o adolescente, ofertando punições que deem condições para que a pessoa seja repreendida sem que sua vida fique comprometida, ofertando opções educativas de reparar o dano causado, com o objetivo de explicar e conscientizar sobre as consequências de seus atos.

Na prática, contudo, ambos os sistemas vêm sendo aplicados para a mera punição, com a diferença de que, para o menor infrator o limite de punição está em 09 anos, transitando entre uma série de medidas educativas, com uma idade limite de 21 anos, e para o adulto está em 30 anos, existindo algumas regras protetivas à criança e ao adolescente que não se estendem ao adulto.

Essa simplificação do sistema se deve principalmente à falta de investimentos e de políticas de reintegração, profissionalizantes e impeditivas de estigmas sociais⁴¹, citadas anteriormente.

A discussão sobre a redução da maioridade penal se estabelece de forma precipitada e precária, apesar de ser uma questão debatida há muitos anos, pois sequer foi aplicada de forma competente a fórmula proposta pelo ECA, que já em seu nascimento enfrentou o problema da superlotação dos presídios e da falta de investimento no sistema carcerário.

³⁸ BALIARDO, Rafael. **Menor infrator é submetido a rotinas de presidiário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/menor-infrator-submetido-mesmas-condicoes-presidiario-mostra-cnmp>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

³⁹ BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

⁴⁰ BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

⁴¹ NASCIMENTO, Samara. **Redução da maioridade penal e a influência na população carcerária**. Disponível em: <<http://samarane.jusbrasil.com.br/artigos/111908140/reducao-da-maioridade-penal-e-a-influencia-na-populacao-carceraria>> Acesso em 02 de outubro de 2015.

Observe-se que a lei do ECA é de julho de 1990, estando em vigor há 25 anos, mas nesse período não houve mudança positiva no quadro carcerário brasileiro, que continua precário e em ascensão, chegando ao patamar de 4ª maior população carcerária do mundo⁴². Demonstra também o fracasso nas políticas de prevenção e ressocialização, em especial as que deveria ser aplicada pelo ECA, pois nesse período as primeiras gerações abarcadas pelas medidas protetivas encontram-se em idade adulta.

Não seria viável assumir que os que cometem crime atualmente são os menores infratores de ontem, mas é visível que o ideal pretendido com as medidas de ressocialização ainda não foi alcançado, especialmente quando se fala em redução da população adulta carcerária.

Para finalizar esse capítulo, é possível citar a indagação exposta por Paula Gomide em sua obra⁴³, de que:

Quanto aos recursos financeiros necessários para estes novos investimentos, certamente poderiam ser encontrados junto aos organismos financeiros do governo, pois que se gasta para manter mal as gigantescas instituições existentes, poderia servir para darmos início a vários projetos alternativos.

As diferenças então se encontrariam em três fatores fundamentais para a continuidade da argumentação, o custo por interno e por preso para o sistema, a dissuasão ao cometimento de crimes e a taxa de reincidência após o cumprimento da pena.

4. ANÁLISE JUSECONÔMICA DA MODIFICAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Nesse ponto de análise, é possível chegar a conclusão de que o sistema carcerário brasileiro não serve aos seus propósitos da forma que vem sendo gerido e que o sistema de internação juvenil está seguindo pelo mesmo caminho, mas então como falar em redução da maioridade penal?

⁴² EPOCA. Brasil tem quarta maior população carcerária do mundo. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/filtro/noticia/2015/06/brasil-tem-quarta-maior-populacao-carcera-ria-do-mundo.html>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

⁴³ GOMIDE, Paula. *Menor Infrator: A Caminho de um Novo Tempo*. P. 151, Curitiba: Editora Juruá, 1998.

Seguindo a lógica do Direito e os princípios expostos pela Constituição Federal de 1988⁴⁴, a função das normas é de manter o convívio social, restando às leis punitivas a função de conter desvios sociais e fazer com que os indivíduos sejam reintegrados no meio comum com o mínimo de prejuízo possível.

Levantando algumas considerações sobre o tema, seria possível utilizar por analogia a Teoria Econômica do Direito para possibilitar uma conclusão real das características e dos efeitos que uma eventual mudança causaria.

A primeira consideração a ser feita ao analisar logicamente a questão apontada, buscando a melhor opção, é a de que as pessoas são capazes de mudar e se adaptar à realidade a que estão expostas. Tomando emprestada a frase do filósofo grego Heráclito de Éfeso⁴⁵:

Ninguém entra em um mesmo rio uma segunda vez, pois quando isso acontece já não se é o mesmo, assim como as águas que já serão outras.

Se um dia chegarmos à conclusão de que nenhum homem é capaz de mudança e de que um criminoso será sempre um criminoso, de nada adiantaram tantas discussões e análises sobre a recuperação ou ressocialização do presidiário, sendo fácil concluir que a única solução efetiva seria a implementação do sistema de penas capitais ou, de forma extremamente custosa para o Estado, de penas em caráter perpétuo.

Para os estudos será tomada uma linha otimista de pensamento, na qual o ser humano é um ser consciente e racional, capaz de avaliar o ambiente ao seu redor e se adaptar às condições sociais, analisando aquilo que lhe é ou não favorável.

Afastando-se as questões relacionadas ao pleno desenvolvimento mental e a constitucionalidade da alteração, é possível ser objetivo em relação aos fatos. Ao diminuir a idade para entrada nos presídios a taxa de prisões diárias irá aumentar, ao menos inicialmente, pois uma nova faixa de detentos será incluída no sistema, considerando os dados apresentados anteriormente.

Alguns estudos apontam que a quantidade de crimes cometidos por pes-

⁴⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessada em: 02 de outubro de 2015.

⁴⁵ TODA MATÉRIA. **Heráclito**. Disponível em: <<http://www.todamateria.com.br/heraclito/>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

soas entre 16 e 18 anos é mínima em relação aos adultos, de menos de 1%⁴⁶, mas, considerando a situação exposta em relação ao sistema prisional brasileiro, qualquer aumento na quantidade de encarceramentos é extremamente prejudicial.

Outro ponto relevante é o tempo de permanência no sistema. Enquanto menores infratores possuem um tempo limite de “encarceramento” de 3 anos, o adulto possui o tempo limite de 30 anos, o que será um custo excepcionalmente maior a longo prazo, pois, para cada detento será necessária a contratação de novos funcionários, agentes, alimentos, roupas, entre outras necessidades básicas.

Esse apontamento somente seria irrelevante se fosse considerado que o índice de reincidência de menores infratores após completarem 18 anos é de 100%, o que a meu ver seria uma generalização indevida, pois denotaria a completa ineficiência das políticas voltadas para a educação e ressocialização de jovens infratores, fato que também encerraria o debate de forma prematura.

O terceiro ponto relacionado aos custos é a necessidade imediata de investimento em novos presídios e celas, que comportem a quantidade de presos já existentes e futuramente incluídos no sistema, o que provocaria um custo inicial de grande relevância para o sistema penitenciário, enquanto o excesso de internos nas casas de acolhimento juvenil seria reduzido consideravelmente, considerando-se dados como os apresentados anteriormente, de que grande parte dos jovens infratores se encontram na faixa entre 16 e 18 anos.

Paralelamente, existe a possibilidade de incentivo ao crime, comumente relacionado as menores penas aplicadas aos jovens infratores, que, por determinação do ECA, possuem suas penas limitadas e sanções mais brandas.

Para estudar essa possibilidade irei me socorrer ao estudo pela Teoria dos Jogos⁴⁷ e pela Análise Econômica do Direito, uma vertente lógica e matemática que vem tomando forte impulso na análise juseconômica⁴⁸, especialmente nos Estados Unidos.

⁴⁶ COSTA, Sylvio. **Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no país**. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

⁴⁷ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. Editora Campus, Terceira edição.

⁴⁸ GODOY, Arnaldo S. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/ArnaldoGodoy_rev73.htm> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

A Análise Econômica do Direito baseia-se primariamente na avaliação do custo-benefício de uma norma, com a finalidade de demonstrar sua eficiência atual e, se possível, projetar consequências indesejadas de uma eventual mudança legal.

Para tanto, devemos levar duas situações em consideração. Primeiro, a pessoa que pretende cometer um delito está em plenas faculdades mentais, conseguindo considerar as consequências de seus atos, o que afasta as considerações relacionadas ao não desenvolvimento mental completo do adolescente. Segundo, o indivíduo deve estar munido de opções, pois não é cabível considerar as chances de uma pessoa cometer um ilícito quando a ela não restam outras opções, seja por motivos sociais ou econômicos irresistíveis.

Gustavo Ribeiro e Ivo Gico apresentam essa situação de forma simples⁴⁹, efetuando a seguinte consideração:

Assim, as pessoas cometem menos um crime, quando a pena esperada aumenta, ou seja, quanto mais dura for a punição (mais alto é o custo), menor será a conduta delituosa (menor será a oferta de crimes). Por outro lado, nos crimes cuja oferta é inelástica, a alteração da magnitude da pena pode ser relativamente menos importante do que outros fatores, como o índice de desemprego, estrutura familiar, educação, entre outros. Assim, apesar de a criminalidade ter múltiplas causas e ganhos não monetários, a compreensão de que a conduta do criminoso tende a ser racional pode ajudar na elaboração e implementação de políticas de combate ao crime.

Ou seja, quando se fala no cometimento de crimes e reincidência, não é possível deixar de lado a existência de diversos fatores relacionados, como o desemprego, a estrutura familiar e social, entre outros. Considerando que o sistema prisional não é responsável por dirimir todos os problemas sociais e, invariavelmente, problemas sociais levam ao cometimento de crimes, é possível sim reduzir a criminalidade sem que os custos estatais sejam excessivos, segundo essa lógica.

⁴⁹ RIBEIRO, Gustavo e GICO, Ivo T. **O jurista que calculava**. P. 4, Curitiba: Editora CRV, 2013.

O estudo baseado no sistema do *law and economics* apresenta o seguinte cálculo para solucionar o dilema⁵⁰: “Max $y(x) - p(x)f(x)$ ”

Sendo que, $y(x)$ representa o valor real do ilícito para o Estado, no qual “x” é uma representação numérica da gravidade do ilícito, representado em dólares, multiplicado pelo ganho real revertido à pessoa que cometeu o ilícito “y”, entendido que, quanto maior a seriedade do crime, maior será o ganho auferido pelo agente. Desse montante é subtraída a probabilidade de ser punido “p(x)”, multiplicada pela real punição sofrida, caso ocorra sua punição, “f(x)”, considerando-se sempre a gravidade do ilícito praticado.

Como exposto anteriormente, os dados referentes aos índices de reincidência no Brasil são muito escassos, mas podemos utilizar uma análise matemática para demonstrar exemplificativamente esse problema. Utilizando-se de informações fornecidas pela imprensa⁵¹, por meio de dados como a média de homicídios anuais subtraída pela média de condenações por homicídio, é possível perceber que apenas 8% dos casos de homicídios são solucionados no Brasil.

Considerando que a possibilidade de punição é conhecida, vamos apontar de forma exemplificativa que a constante da hipótese do ganho de um adulto e de um adolescente ao cometerem um homicídio equivale numericamente à 100. Considere também a pena máxima para cada delito, 3 anos de internação para adolescentes e 30 anos de prisão para adultos, de modo a possibilitar a análise da punição mais severa possível, com a finalidade de averiguar racionalmente quem é mais propenso a cometer tal delito em condições extremas.

O cálculo, da forma como o sistema trata os casos mais graves atualmente, fica assim estabelecido:

Adulto:	Adolescente:
P=100-0,08*30	P=100-0,08*3
P=97,6	P=99,76

Após feitas algumas análises hipotéticas, é possível notar que por mais que a pena se estenda no tempo, seja severa ou se inicie mais cedo, pouco se alterará a probabilidade de cometimento de um ilícito.

⁵⁰ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. P.478, editora Bookman, 2010.

⁵¹ MENEZES, César. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

Para mera exemplificação, apenas com uma pena ficta de 1248,75 anos se teria a possibilidade de aproximação da nulidade criminal, segundo esse patamar de ganho e probabilidade de punição. Considerando essa situação, é possível exemplificar graficamente a situação enfrentada pelo Brasil em relação aos crimes de homicídio e suas penas da seguinte forma:

Gráfico 01



Fonte: Elaboração própria

Sendo o eixo “Y” representado pela probabilidade marginal de se cometer um ilícito e o eixo “X” a quantidade de anos encarcerado, considerando as constantes “ $p(x)$ ” e “ $y(x)$ ”.

Será então que aumentar a punição para as pessoas com menos de 18 anos faria tanta diferença? Esse investimento não seria melhor gasto com políticas que viabilizem a melhor atuação das forças investigativas, para que se elevasse a quantidade de crimes solucionados?

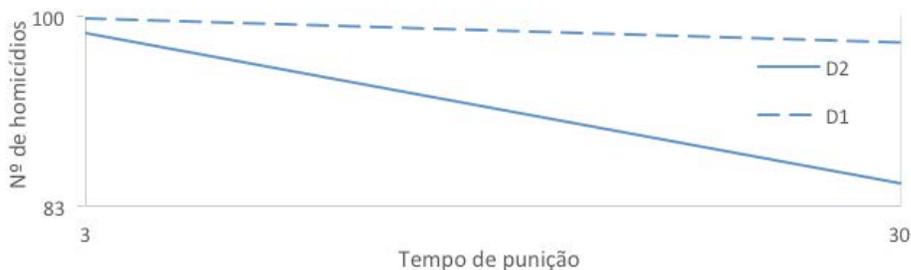
Levando esse pensamento em consideração, caso a quantidade de crimes solucionados aumentasse, a probabilidade de punição também se elevaria, o que modificaria sensivelmente o gráfico apresentado, de acordo com o seguinte cálculo:

Consideremos que o índice de resolução de homicídios seja elevado ao patamar de 25%, apenas $\frac{1}{4}$ dos crimes cometidos no país, a conta apresentada anteriormente ficaria da seguinte forma:

Adulto:	Adolescente:	Prazo ideal
$P=100-0,25*30$ $P=85$	$P=100-0,25*3$ $P=98,5$	$0,1=100-0,25*X$ $X=199,8$

Graficamente representada, a modificação seria da seguinte forma:

Gráfico 02



Fonte: Elaboração própria

Ou seja, a probabilidade de que um menor plenamente livre e consciente venha a cometer um ilícito continuaria acima da possibilidade de cometimento por um adulto, mesmo quando comparado com as condições reais do gráfico 01, mas a curva de desincentivo em relação à severidade da punição sofreria considerável modificação, destarte a simples modificação da forma de punição do menor infrator proposta.

O Gráfico 02 representa essa questão, pois utiliza as informações apresentadas anteriormente, representado pela curva D1, comparadas com os cálculos após a modificação no índice de resolução de homicídios de 8% para 25%, representado pela curva D2.

Mesmo se utilizássemos os índices de resolução de crimes do Reino Unido, de 90%⁵², por exemplo, o gráfico de Desincentivo x Punição não chegaria ao patamar 0 em 30 anos de punição, nos termos do exemplo citado anteriormente, mas é possível perceber que, o aumento na resolução dos ilícitos tem uma eficácia muito maior no desincentivo ao crime que o aumento na pena.

Em uma análise mais profunda da questão econômica, abrangendo os pontos positivos e negativos anteriormente citados, seria possível apresentar de modo gráfico o cálculo da quantidade ótima de dissuasão do crime, considera-

⁵² MENEZES, César e LEUTZ, Denny. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

capaz de deslocar a curva de investimentos para baixo, diminuindo de forma mais eficiente a criminalidade sem que seja despendido um valor maior, apenas realocando os recursos.

Foi representada a curva CSMD2, que demonstra a situação alternativa na qual seria possível conseguir o mesmo efeito “D” com custos menores e maior eficiência na redução dos crimes, como, por exemplo, o investimento em políticas sociais ou aumento no índice de resolução de delitos, como o representado anteriormente.

O próprio autor destaca a importância da atuação paralela do Estado em programas sociais e o bem estar da população⁵⁴, de forma que:

Apesar do debate público apresentar as duas hipóteses como mutuamente exclusivas, ambas podem estar corretas no sentido de diversas variáveis, incluindo a ausência de penas com alta probabilidade de certeza, causarem o crime. Se ambas as hipóteses forem verdadeiras, a política ótima para a redução do crime seria uma mistura de justiça penal e programas socioeconômicos.

Ele utiliza políticas sociais como exemplo para reduzir os custos totais de investimento no combate à criminalidade, mas nada impede que utilizemos essa análise para a taxa de resolução de crimes e o investimento na força investigativa e policial.

Por esse último cálculo é possível compreender que o patamar de satisfação humana é diretamente influenciado pelo índice de cometimento de crimes, que é proporcionalmente inverso aos investimentos em combate à criminalidade.

Derivado desse pensamento, Gustavo Ribeiro em conjunto com Ivo Gico fizeram uma exposição diferenciada da análise econômica da punição levando em consideração para seus cálculos o fator social e o ganho pessoal, representados pela fórmula “ $E[U] = (1 - P) * U(R) - P * U(R - C)$ ”⁵⁵, em que:

“ $E[U]$ ” é a utilidade esperada individual decorrente do cometimento do ilícito; “ p ” é a probabilidade de punição, logo $(1 - p)$ é a probabilidade esperada de não ser punido. “ U ” é a função utilidade individual do agente; “ R ” é o ganho

⁵⁴ COOTER, Robert e ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. P.503, editora Bookman, 2010.

⁵⁵ RIBEIRO, Gustavo e GICO, Ivo. *O jurista que calculava*. P 18, Editora CRV, Curitiba, 2013.

ou renda obtida com a atividade ilícita; e “c” é o custo de ser punido.

É possível ver que o autor foi um passo além, quantificando não só os custos e probabilidades comparados à satisfação popular, mas incluiu a utilidade individual do ilícito, que varia subjetivamente de acordo com a condição social e econômica do sujeito e da sociedade em que se encontra, para uma análise individual da possibilidade de cometimento de crimes. Isso serve também para trazer a aplicação de políticas sociais ao cálculo, fazendo uma espécie de ligação entre essas duas formas de análise, a juseconômica e a socioeconômica.

Com isso foi possível observar que um aumento na punição para pessoas entre 16 e 18 anos surtiria efeitos no desincentivo ao cometimento de crimes, levando também ao aumento da satisfação da população, ao menos inicialmente, mas que é um desperdício de orçamento, vez que poderia ser alocado de forma mais efetiva, produzindo melhores efeitos com um custo muito menor, ao menos em teoria.

5. CONCLUSÃO

A princípio podemos citar que a análise da modificação da idade penal mínima está muito crua para ser objetivamente vista, sem bases estatísticas e sem análises econômicas, o que torna a matéria suscetível a uma gama de conclusões meramente ideológicas, tendentes ao julgamento precipitado.

A análise ideológica quando se está tratando de seres humanos não deve ser afastada, pois a todo momento devem ser levados em consideração os princípios da dignidade da pessoa do condenado e da vítima, que não pode ficar à mercê do constante aumento da criminalidade. Contudo, como foi apresentado, as consequências de uma mudança na legislação penal sem as devidas adaptações no sistema prisional e sem considerar os efeitos práticos que ela irá causar são de extremo risco para o Estado e para a população em geral

Utilizando os preceitos da análise Econômica do Direito e da Teoria dos Jogos⁵⁶, é possível avaliar que talvez essa não seja a melhor opção a ser tomada no momento. O sistema prisional não está pronto para receber sequer uma pessoa a

⁵⁶ FIANI, Ronaldo. *Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais*. Editora Campus, Terceira edição.

mais, os dados estatísticos são precários e as informações referentes aos Centros de Acolhimento ao Jovem Infrator são díspares e de pouca utilidade, a população está agindo por uma reação aos altos índices de criminalidade e a falta de investimentos em segurança pública, portanto não é possível vislumbrar um efeito positivo da modificação pretendida.

Com uma rápida análise da questão pudemos perceber que a gestão pública da segurança está fortemente deficitária, seja na prevenção de crimes, em sua repressão ou em suas análises da situação, falando-se em uma quase que completa falta de estudos dos impactos reais de uma mudança drástica na legislação penal.

Assim, considerando os cálculos anteriores e desconsiderando análises subjetivas da pessoa do condenado, como o desenvolvimento mental e a capacidade de adequação social após o cumprimento da pena, é possível notar que o ato de aumentar a severidade da pena, por si só, provoca um desincentivo ao cometimento de ilícitos, mas que a realocação dos custos de forma lógica provoca um desincentivo ainda maior.

Utilizando os preceitos expostos por Richard Thaler e Cass Sustein⁵⁷, a progressão na punição possui o seu caráter de incentivo, pois, para um cidadão comum a punição progressiva surte um efeito de desincentivo igual ou maior que a punição fixa, sem que haja o mesmo custo. Ou seja, é possível punir sem que os estigmas sejam de extrema relevância, deixando as condenações mais severas apenas para os casos em que o “empurrão” inicial não seja efetivo. Esse tipo de pensamento, aliado aos preceitos de primariedade de condenação e as proteções do ECA, criam um sistema de punições progressivas, responsável por filtrar os presos com menor probabilidade de reincidência, não fazendo com que a punição seja desnecessariamente penosa para alguns e custosa para o Estado, sem impedir que os presos com maior índice de reincidência retornem ao sistema, cumprindo penas maiores e mais rigorosas, da forma que a norma penal teoriza.

Paralelamente, com utilização dos recursos que seriam alocados às adaptações do sistema prisional, poderia ser feita a melhoria no sistema investigativo e preventivo, provocando a redução na sensação de impunidade e o desejo imediato de redução punição dos jovens infratores.

⁵⁷ THALER, Richard e SUSTEIN, Cass. *Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness*. P. 94

Esse pensamento provoca como consequência uma penalização acessória ao sujeito comum, que deve arcar com os riscos de um indivíduo propenso ao cometimento de crimes retornar ao convívio social prematuramente, mas, de forma contrária, protege a população de presídios sem orçamento, que são meros depósitos provisórios, guardando pessoas que sequer foram tratados, aprenderam a ter raiva de qualquer figura de autoridade e não possuem qualquer tipo de ofício.

Portanto, é visível que, além de proteger o jovem infrator, regras como as expostas protegem o sistema carcerário como um todo. A meu ver o debate sobre a redução da maioria penal pode vir a ser útil, mas não nas condições atuais e pelos motivos que levaram a população a apoiar a mudança⁵⁸.

6. BIBLIOGRAFIA

AMORIM, Silva. **Unicef estima em 1% os homicídios cometidos por menores no Brasil**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/unicef-estima-em-1-os-homicidios-cometidos-por-menores-no-brasil-15761228>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

BALIARDO, Rafael. **Menor infrator é submetido a rotinas de presidiário**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-08/menor-infrator-submetido-mesmas-condicoes-presidiario-mostra-cnmp>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessada em: 17 de setembro de 2015.

BRASIL. **Código Criminal do Brasil de 1830**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 1.004 de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/Del1004.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

⁵⁸ CARTA CAPITAL. **Redução da maioria penal é apoiada por 89% da população**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/reducao-da-maioridade-penal-e-apoiada-por-89-2760.html>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.209 de 1984**. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=82614>> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

BRASIL, Emanuelle. **Taxa de reincidência entre internos da Fundação Casa é de 15%**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/489058-TAXA-DE-REINCIDENCIA-ENTRE-INTERNOS-DA-FUNDACAO-CASA-E-DE-15.html>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

CARTA CAPITAL. **Redução da maioria penal é apoiada por 89% da população**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/reducao-da-maioridade-penal-e-apoiada-por-89-2760.html>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

CIDADEVERDE.COM. **Piauí tem defasagem de mil agentes penitenciários, diz presidente de associação**. Disponível em: <<http://cidadeverde.com/noticias/191264/piaui-tem-defasagem-de-mil-agentes-penitenciarios-diz-presidente-de-associacao>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

COBIAN, Elisa. **Teoria Econômica do Crime e das Penas A Teoria Econômica do Crime e das Penas procura estabelecer uma pena ótima, objetivando minimizar a soma dos prejuízos**. Disponível em: <<http://slideplayer.com.br/slide/392785/>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

COSTA, Sylvio. **Segundo Ministério da Justiça, menores cometem menos de 1% dos crimes no país**. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/segundo-ministerio-da-justica-menores-cometem-menos-de-1-dos-crimes-no-pais/>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

COOTER, Robert e ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Editora Bookman, 2010.

DALVI Bruno. **No Espírito Santo, o fim de presos em contêineres**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/no-espirito-santo-fim-de-presos-em-conteineres-11275663>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

DIARIO DE PERNAMBUCO. **Agentes Penitenciários notificam o Estado e denunciam déficit de 4,7 mil servidores**. Disponível em: <http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/vida-urbana/2015/01/20/interna_vidaurbana,555957/agentes-penitenciarios-notificam-o-estado-e-denunciam-deficit-de-4-7-mil-servidores.shtml> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

DULLIUS, Aladio e HARTMANN, Jackson. **Análise do sistema prisional brasileiro**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10878&n_link=revista_artigos_leitura> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

ZARDO, Claudia. **As adolescentes em conflito com a lei e o direito de papel**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3142> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

EPOCA. **Brasil tem quarta maior população carcerária do mundo**. Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/filtro/noticia/2015/06/brasil-tem-quarta-maior-populacao-carceraria-do-mundo.html>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

EVANGELISTA, Samara. **Redução da maioridade penal e a influencia na população carcerária**. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13188&revista_caderno=3> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos. Com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2010.

FRAGA, Erica. **Lacuna em estatísticas sobre menores infratores contrasta com outros países**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1638676-lacuna-em-estatisticas-sobre-menores-infratores-contrasta-com-outros-paises.shtml>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

G1, Profissão Reporter. **Ministério da Justiça diz que somente 1% dos crimes é cometido por menores**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2015/04/ministerio-da-justica-diz-que-somente-1-dos-crimes-e-cometido-por-menor.html>> Acesso em 27 de setembro de 2015.

GAMA, Aliny. **Com efetivo insuficiente, penitenciária usa gansos para vigiar presos no PI**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/05/04/com-efetivo-insuficiente-penitenciaria-usa-gansos-para-vigiar-presos-no-pi.htm>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

GLOBO, Extra. **Rio tem déficit de quase três mil agentes penitenciários em unidades prisionais do estado**. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/rio-tem-deficit-de-quase-tres-mil-agentes-penitenciarios-em-unidades-prisionais-do-estado-15666227.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

GODOY, Arnaldo S. **Direito e economia: introdução ao movimento *law and economics***. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/rev_73/artigos/Arnaldo-Godoy_rev73.htm> Acesso em: 30 de setembro de 2015.

GOMES, Luis F. **Colapso do Sistema Penitenciário: Tragédias Anunciadas**. Disponível em: <<http://institutoavantebrasil.com.br/colapso-do-sistema-penitenciario-tragedias-anunciadas/>> Acesso em 29 de setembro de 2015.

GOMIDE, Paula. **Menor Infrator: A Caminho de um Novo Tempo**. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acessada em: 02 de outubro de 2015.

GONÇALVES, Péricles e ZACHARIAS, Antônio. **Projeto de Lei Nº 334 de 1979 e Projeto de Lei Nº 370 de 1979**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=1EBD30F1B2E1A085CDE054A7D8BECFCA.proposicoesWeb2?codteor=1181733&filename=Avulso+-PL+334/1979> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

MENEZES, César e LEUTZ, Dennys. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acesso em: 01 de outubro de 2015.

NASCIMENTO, Samara. **Redução da maioridade penal e a influência na população carcerária**. Disponível em: <<http://samarane.jusbrasil.com.br/artigos/111908140/reducao-da-maioridade-penal-e-a-influencia-na-populacao-carceraria>> Acesso em 02 de outubro de 2015.

NARLOCH, Leandro. **Mito: “Os adolescentes cometem menos de 1% dos homicídios do Brasil e são 36% das vítimas”**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/maioridade-penal/mito-os-adolescentes-cometem-menos-de-1-dos-homicidios-do-brasil-e-sao-36-das-vitimas/>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

NANÔ, Fabiano. **Menores internados na Fundação Casa ainda são vítimas de maus-tratos, diz coordenadora**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2012/11/27/menores-internados-na-fundacao-casa-ainda-sao-vitimas-de-maus-tratos-diz-coordenadora.htm>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

REDE RECORD. **Presídios e cadeias usam gansos para combater fuga de presos**. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/cidades/noticias/presidios-e-cadeias-usam-gansos-para-combater-fuga-de-presos-20110812.html>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

RESSEL, Sandra. **Menoridade Penal**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1860> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

RIBEIRO, Gustavo e GICO, Ivo. **O jurista que calculava**. Curitiba: Editora CRV, 2013.

ROMAN, Clara. **Adolescentes relatam maus-tratos na Fundação Casa**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/adolescentes-relatam-maus-tratos-na-fundacao-casa>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

PORTAL BRASIL. **Menores cometem 0,9% dos crimes no Brasil**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/menores-cometem-0-9-dos-crimes-no-brasil>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

THALER, Richard e SUSTEIN, Cass. **Nudge, Improving Decisions About Health, Wealth and Happiness**. Londres. *Yale University Press*, 2008.

TODA MATÉRIA. **Heráclito**. Disponível em: <<http://www.todamateria.com.br/heraclito/>> Acesso em: 02 de outubro de 2015.

TRIBUNA DO NORTE. **Sistema penitenciário do RN tem déficit de 600 agentes, diz Sindasp**. Disponível em: <<http://tribunadonorte.com.br/noticia/sistema-penitencia-rio-do-rn-tem-da-ficit-de-600-agentes-diz-sindasp/308724>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

TRUFFI, Renan. **O que os dados da Fundação Casa dizem sobre a maioria penal**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/o-que-os-dados-da-fundacao-casa-dizem-sobre-maioridade-penal-9732.html>> Acesso em: 27 de setembro de 2015.

TRUFFI, Renan. **MP denuncia governo Alckmin e Fundação Casa e fala em “nova Febem”**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/revista/812/ministerio-publico-denuncia-governo-alkmin-e-fundacao-casa-e-fala-em-nova-febem-9382.html>> Acesso em 29 de setembro de 2015.

UNICEF. **Porque dizer não à redução da idade penal**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/idade_penal/unicef_id_penal_nov2007_completo.pdf> Acesso em: 17 de setembro de 2015.

VEJA. **Adolescentes de 16 a 18 anos cometem 70% dos atos infracionais em São Paulo**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/adolescentes-de-16-a-18-anos-cometem-70-dos-atos-infracionais-em-sao-paulo/>> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

VIANA, Johnnatan. **A crise do sistema carcerário brasileiro**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12228> Acesso em: 29 de setembro de 2015.

CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – APONTAMENTOS SOBRE A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

Marcelo Gomes de Faria¹

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ANÁLISE DE TRABALHADOR SUBMETIDO A REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O texto enfrenta e problematiza o tema da condição análoga à de escravo dentro do Supremo Tribunal Federal, observando o desenvolvimento mais recente da jurisprudência após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com esse objetivo, são retomados os julgados mais relevantes, com especial destaque na discussão em torno dos limites das condições de trabalho impostas aos trabalhadores. Nesse ponto, buscar-se-á no desenvolvimento fazer um contraponto entre o cerceio à liberdade de ir e vir, nos moldes do antigo sistema escravagista, e a exclusão de direitos e condições básicas do trabalhador, conforme a moderna forma de imposição da escravidão, para a caracterização da redução à condição análoga à de escravo. Na conclusão, o texto ressaltará a relevante contribuição da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal para a pacificação social de penoso e tão importante tema que merece receber, sempre que possível, valorosa contribuição.

Palavras-chave: CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

ABSTRACT

The text faces and discusses the subject of a condition analogous to slavery in the Supreme Court, noting the latest development of the case law after the promulgation of the Constitution of 1988. To this end, the most important trials are resumed, with special emphasis on discussion around the limits of the working conditions imposed on workers. At that point, it will be sought in the development to do a counterpoint between the curtail to freedom of movement, similar to the old slave system, and the exclusion of basic rights and worker conditions, as the modern form of imposition of slavery, to

¹ Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Projeção. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

characterize the reduction to the condition analogous to slavery. In conclusion, the text will highlight the significant contribution of the jurisprudence of the Supreme Court for social pacification of painful and important issue that deserves whenever possible, valuable contribution.

Keywords: CONDITION ANALOG TO SLAVE. FEDERAL SUPREME COURT. FEDERAL CONSTITUTION.

1. INTRODUÇÃO

Não é preciso maiores digressões teóricas para destacar que o Brasil, ao longo de sua história colonial, utilizou como política de Estado e modelo de desenvolvimento a mão de obra escrava, com os povos indígenas, de 1534 a 1755, e com o povo negro submetido ao tráfico oriundo do continente africano, de 1550 até a promulgação da Lei Imperial n.º 3.353, sancionada em 13 de maio de 1888, mais conhecida como Lei Áurea².

Contudo, mesmo após tão auspiciosa Lei e passado mais de um século de sua promulgação, a realidade brasileira ainda é bastante dura, sendo recorrente a descoberta dos escravos modernos, às vezes nas mais remotas e menores localidades, às vezes no centro de nossas maiores metrópoles.

Nessa roupagem atualizada, o escravo contemporâneo não está simplesmente relegado à impossibilidade de ir e vir, mas também está submetido às mais humilhantes e degradantes condições de trabalho, vinculando-se aos seus supostos empregadores pela contração de dívidas impagáveis em detrimento de recebimento regular das remunerações, condições precárias de higiene, ausência de alimentação, água e abrigos adequados, além de frustração de diversos direitos trabalhistas.

Assim, a Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, ou seja, no ano centenário da libertação formal dos escravos negros, trouxe relevantes contribuições ao estabelecimento do Estado Democrático de Direito pautado pela valorização da pessoa humana e dos direitos humanos fundamentais, resultando no reconhecimento de que a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho compõem fundamentos da sociedade brasileira. Nesse diapasão, também resta clara a pretensão de que se deverá buscar a construção

² FALEIROS, José Anchieta. O trabalho escravo no Brasil. Revista LTr, 52-4.

de uma sociedade livre, democrática, justa, solidária e igualitária³.

A Carta Constitucional impõe, em seu artigo 1º, inciso IV, o valor do trabalho **humano** como fundamento da República, e ainda como base da ordem econômica, no artigo 170, e da ordem social, no artigo 193.

Esse reconhecimento serviu como pedra angular para o início do combate efetivo a diversas mazelas sociais brasileiras, dentre elas a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, através de implantação de políticas públicas voltadas ao combate de tal situação e pela atuação reprimenda do Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, por intermédio dos auditores-fiscais do trabalho, do Ministério da Justiça, pela atuação da Polícia Federal, dos Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho, o Poder Legislativo e, em última fronteira, o Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal, enquanto órgão de cúpula do Poder Judiciário e guardião da Constituição Federal, passa a ter, portanto, papel preponderante na solução dos conflitos trazidos ao seu conhecimento, que versem sobre a redução do trabalhador à condição análoga à de escravo frente aos primados da dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade, dentre outros.

Não se pode olvidar, ainda, da valorosa contribuição da Lei 10.803, de 11 de dezembro de 2003, que alterou o artigo 149 do Código Penal e trouxe ao ordenamento jurídico adequação ao tipo penal para uma perspectiva mais atual diante da complexidade das condutas em desfavor do trabalhador, com o estabelecimento das penas ao crime nele tipificado e indicar as hipóteses em que se configura redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, nos seguintes termos:

“Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena

³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007.

correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.”

Destaque-se que o tipo penal não se alude a direitos e interesses considerados de forma individual, como, por exemplo, na situação em que há retenção momentânea do trabalhador por ausência de transporte coletivo em determinado local e/ou horário, mas à organização do trabalho em sua totalidade, como, por exemplo, na situação em que há supressão da liberdade de locomoção do trabalhador em decorrência de supostas dívidas contraídas com o empregador.

De acordo com levantamento feito pela Comissão Pastoral da Terra⁴, existiriam no território brasileiro cerca de vinte e cinco mil brasileiros submetidos a trabalhos degradantes e à condição análoga à de escravos, em total afronta aos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Constituição Federal.

O texto pretende, então, discorrer sobre esse papel da Excelsa Corte diante dos julgados que analisaram a controvérsia e a evolução jurisprudencial, bem como analisar, em conclusão, os reflexos de tais decisões dentro dos próprios princípios constitucionais que norteiam os respectivos julgados.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA ANÁLISE DE TRABALHADOR SUBMETIDO À REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO

⁴ ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. ano 69, nº 2, jul.- dez. 2003, p. 146.

Sendo o trabalho em condições análogas à de escravo um problema recorrente no Brasil, com o passar das notórias atuações dos auditores-fiscais do trabalho, da Polícia Federal e dos Ministérios Públicos Federal, Estadual e do Trabalho, não tardaria para que a controvérsia chegasse ao exame do Poder Judiciário e, em última instância, ao Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal nos julgamentos do Ext 725, HC 84802 e HC 84860 havia se debruçado sobre a condição análoga à de escravo apenas de forma periférica, não analisando substancialmente a competência para o processamento da ação penal relacionada ao crime de redução à condição análoga à de escravo ou mesmo o conteúdo material do tipo penal.

Somente no julgamento do Recurso Extraordinário 398.041/PA o Excelso Supremo começou a sobrepujar e solucionar a controvérsia, a fim de confirmar se a competência seria da Justiça Comum ou da Justiça Federal para o processamento e julgamento da prática do aludido crime contra a organização do trabalho perante o artigo 109, VI da Constituição Federal, sendo pertinente desde logo a transcrição de sua ementa:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. TRABALHO ESCRAVO. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. CRIME CONTRA A COLETIVIDADE DOS TRABALHADORES. ART. 109, VI DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

A Constituição de 1988 traz um robusto conjunto normativo que visa à proteção e efetivação dos direitos fundamentais do ser humano.

A existência de trabalhadores a laborar sob escolta, alguns acorrentados, em situação de total violação da liberdade e da autodeterminação de cada um, configura crime contra a organização do trabalho.

Quaisquer condutas que possam ser tidas como violadoras não somente do sistema de órgãos e instituições com atribuições para proteger os direitos e deveres dos trabalhado-

res, mas também dos próprios trabalhadores, atingindo-os em esferas que lhes são mais caras, em que a Constituição lhes confere proteção máxima, são enquadráveis na categoria dos crimes contra a organização do trabalho, se praticadas no contexto das relações de trabalho.

Nesses casos, a prática do crime prevista no art. 149 do Código Penal (Redução à condição análoga a de escravo) se caracteriza como crime contra a organização do trabalho, de modo a atrair a competência da Justiça federal (art. 109, VI da Constituição) para processá-lo e julgá-lo.

Recurso extraordinário conhecido e provido.”

O Ministro Joaquim Barbosa, relator do recurso julgado no Plenário, já expõe logo no introito do voto que a controvérsia trata de grave quadro social do país e como tal merece ser analisada à luz das normas jurídicas da Constituição Federal e seus princípios, invocando mais adiante o proeminente posicionamento da Corte considerando o *background* constitucional:

“Senhor Presidente, transcendendo em muito a mera questão de competência, creio que estamos diante de uma das mais dolorosas feridas de nossa sociedade: a incrível e inadmissível persistência de trabalho escravo em nosso país. Subjacente à análise do presente processo, portanto, teremos uma tomada de posição desta Corte em relação ao combate ao trabalho escravo, realidade social que se choca frontalmente com diversos princípios fundamentais da Constituição Federal, de que esta Corte é guardiã.”

Após intenso e fundamentado debate em Plenário, firmou-se, ainda que por maioria, a tese jurídica de que a Justiça Federal teria a competência para julgar os casos em que houvesse a redução à condição análoga à de escravo afrontando a organização constitucional do trabalho e da proteção do trabalhador, extrapolando a liberdade individual, considerando os valores básicos inerentes à atividade laboral e com vistas à dignidade da pessoa humana.

O posicionamento jurisprudencial adotado no RE 398.041/PA foi corroborado no julgamento do HC 91.959/TO, cuja prática delituosa contra a organi-

zação do trabalho correspondia a reduzir à condição análoga à de escravo cento e oitenta trabalhadores, assim ementado:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. EXTENSÃO DE DECISÃO QUE RECONHECEU A CO-RÉU A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. DELITO CONTRA A ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. A prescrição da pretensão punitiva após o trânsito em julgado para a acusação tem como parâmetro a pena in concreto, aí compreendida eventual exasperação pela aplicação de agravante genérica. A pena imposta ao paciente foi de dois anos e seis meses de reclusão, o que leva ao prazo prescricional de oito anos (CP, art. 109, IV). Esse interregno temporal não foi ultrapassado entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória.

2. Ausente situação fática similar a de co-réu, não cabe postular extensão da decisão que quanto a este decretou a prescrição.

3. Argüição de incompetência da Justiça Federal. Improcedência: o número de cento e oitenta pessoas reduzidas à condição análoga a de escravo é suficiente à caracterização do delito contra a organização do trabalho, cujo julgamento compete à Justiça Federal (CB, art. 109, inc. VI).

Ordem denegada.”

Nesse mesmo sentido também concluíram os Recursos Extraordinários 480.138/RR, 508.717/PA, 541.627/PA e 507.110/MT.

Dentro do escopo do presente texto, ultrapassada a controvérsia e reconhecida a competência da Justiça Federal comum para processar e julgar o crime de redução à condição análoga à de escravo, previsto no artigo 149 do Código Penal, convém analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre à conduta delituosa de forma concreta.

O Excelso Supremo, em órgão fracionário, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.508/MA, entendeu que a configuração do trabalho esca-

vo demandaria exclusivamente o cerceamento à liberdade do direito de ir e vir, afastando do tipo penal previsto no artigo 149, conseqüentemente, a frustração de direito assegurado em lei trabalhista e aliciamento de trabalhadores, com a seguinte ementa:

“TRABALHO ESCRAVO – DESCUMPRIMENTO DE NORMAS DE PROTEÇÃO AO PRESTADOR DE SERVIÇOS. O simples descumprimento de normas de proteção ao trabalho não é conducente a se concluir pela configuração do trabalho escravo, pressupondo este o cerceio à liberdade de ir e vir.”

Sem sombra de dúvida, esse fundamento é plenamente válido e encontra ressonante respaldo constitucional. Isso porque a Constituição da República, consolidando em âmbito nacional o disposto no artigo 13 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, garante no inciso XV do artigo 5º a liberdade de ir e vir em todo território nacional em tempos de paz, também como expressão do direito à liberdade pessoal, apenas limitada dentro do próprio ordenamento jurídico vigente.

Nesse sentido, a Constituição Federal veda expressamente, em seu artigo 5º, inciso XLVII, o cumprimento de trabalhos forçados, e se em âmbito penal impõe-se tal impedimento, com maior razão não se pode permitir o cumprimento de atividade laboral por meio da prática de trabalho escravo ou de redução à condição análoga a de escravo em território nacional, através da imposição de coação física ou moral ao trabalhador e cujo resultado o impossibilite de deixar de cumprir ou obedecer às ordens sem resistência.

A liberdade pessoal de ir e vir consubstancia direito que compõe o grupo dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que “representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões”⁵ e é intrinsecamente inerente às características da pessoa humana⁶.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

⁶ PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos hu-

Contudo, a sociedade passa, nesse momento de estabilização e crescimento da era digital (ou era tecnológica), a ter as relações sociais e jurídicas cada vez mais complexas, inclusive na imposição de práticas lesivas ao trabalhador, com novos métodos de imposição do trabalho escravo ou de redução à condição análoga a de escravo.

Nesse compasso, as próprias formas de aprisionamento perpetradas pelos ditos empregadores passaram a ser mais complexas e a ter mais nuances, mas sempre com o intuito de manutenção de um sistema produtivo que se baseia na utilização de mão de obra reduzida à condição análoga a de escravo, recaindo, em última análise, na afronta aos direitos humanos consagrados na Constituição Federal, consubstanciados na dignidade da pessoa humana e seu reflexo na valorização fundamental, econômica e social do trabalho e ao inviolável direito à vida, à liberdade e à segurança.

Assim, a nosso ver em relevante modificação do entendimento jurisprudencial, o Plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu no julgamento do Inquérito 2.131/DF, em 23 de fevereiro de 2012, que não se pode perder de vista que a imposição de determinadas condições, que se utilize da condição de miserabilidade do trabalhador para explorar sua força de trabalho e que resulte em condições degradantes, ofende a dignidade da pessoa do trabalhador, nos seguintes termos:

“INQUÉRITO. DENÚNCIA. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES (ART. 207, § 1º, CP). FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA MAJORADO (ART. 203, § 1º, I, E § 2º, CP). REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (ART. 149). INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. JÚIZO DE PROBABILIDADE CONFIGURADO. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O art. 395 do CPP só permite a rejeição da denúncia quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou, ainda, faltar justa causa para o exercício da ação

penal, situações que não se configuram na hipótese.

2. A persecução penal relativa à suposta prática dos crimes previstos nos arts. 207, § 1º (aliciamento de trabalhadores), 203, § 1º, I, e § 2º (frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista majorado), e 149 (redução a condição análoga à de escravo) do Código Penal, independe do prévio desfecho dos processos trabalhistas em curso, ante a independência de instâncias.

3. A orientação jurisprudencial relativa ao delito de sonegação tributária é inaplicável à situação, porquanto a redução ou supressão de tributo é elemento típico do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90, o mesmo não ocorrendo com relação aos delitos apontados na denúncia.

4. Os argumentos de fato suscitados pelo denunciado, como a temporariedade do vínculo de trabalho, a inexistência da servidão por dívida ou de qualquer coação, dentre outros, não merecem análise nesta sede de cognição sumária, que se limita a apurar a existência de justa causa, esta configurada pelas inúmeras provas colhidas pelo Ministério Público Federal.

5. Os elementos de prova acostados à denúncia são capazes de conduzir a um juízo de probabilidade a respeito da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria.

6. Denúncia recebida.”

O Supremo Tribunal Federal ainda no julgamento de caso assemelhado, qual seja o Inquérito 3.412/AL, em Tribunal Pleno, também adotou uma interpretação ao artigo 149 do Código Penal mais adequada ao conteúdo normativo da Carta da República à luz da dignidade da pessoa humana em confronto com a dita “escravidão moderna”, cuja profícua ementa assim dispõe:

“PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração

do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.”

Certamente que, como bem destacado nos julgados, não seria qualquer violação dos direitos trabalhistas que caracterizaria a tipicidade do artigo 149 do Código Penal. Ao contrário, conforme se extrai dos fundamentos do julgado, o enquadramento no crime demandaria a violação que ultrapassasse a própria dignidade inerente à condição de pessoa humana na busca de sustento próprio e de sua família, que fosse “intensa e persistente” com o atingimento de “níveis gritantes”, resultando na submissão a “trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho” com reflexos no “tratamento análogo ao de

escravos, sendo privados de sua **liberdade** e de sua **dignidade**”, a ponto de vedar a liberdade de ir e vir do trabalhador, “imposta como meio e como elemento de um regime de submissão próximo à escravidão”, quando não a essa própria sujeição, pontuando nesse mesmo sentido José Claudio Monteiro de Brito Filho⁷.

Nesse mesmo sentido, também segundo José Claudio Monteiro de Brito Filho, o trabalho em condições degradantes corresponde àquele que explora a necessidade e a miséria do trabalhador, submetendo-o às condições indignas, colocando em risco sua saúde e integridade física⁸.

A Constituição brasileira contém robusto arcabouço normativo para servir como fundamento ao combate à exploração do “trabalho escravo e seus elementos instrumentais mais usados (violência, imobilização por dívidas, etc)”⁹, a fim de se evidencie o respeito à dignidade da pessoa humana, tais como:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

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

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou

⁷ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coords.). Trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr e ANAMATRA, 2005.

⁸ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Op. cit.

⁹ MARASCHIN, Claudio. ST 94 – ABR/97 – DOCTRINA, pág.23.

profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

XLVII - não haverá penas: c) de trabalhos forçados;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel;

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Nesse sentido, a Constituição Federal optou expressamente pela proteção da pessoa humana e, por consequência, do trabalhador, em uma de suas dimensões mais nobres, pois, como destacado antes, se trata da forma em que o indivíduo busca o provento próprio e de sua família, e não se pode exigir outra postura daquele que provê o trabalho que não seja permitir o seu exercício de forma eminentemente digna.

Assim, a nosso sentir, não se pode exigir outra interpretação que não seja fazer com que os aludidos primados constitucionais se unifiquem ao cotidiano das relações de trabalho, extraindo a necessária eficácia para melhoria das condições sociais, econômicas e políticas, de modo a afastar definitivamente do ambiente laboral a redução de alguém à condição análoga à de escravo, seja pela submissão a trabalhos forçados, seja pela imposição de jornada exaustiva e/ou condições degradantes de trabalho e, não menos relevante, a impossibilidade de locomoção em decorrência de dívida contraída com empregador ou preposto.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Inquérito 3.564/MG, ainda avançou substancialmente para reconhecer que mesmo sem a

necessidade de violência física é possível reconhecer-se a existência de crime de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. CRIMES DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO E DE ALICIAMENTO DE TRABALHADORES. DESNECESSIDADE DE VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A OCORRÊNCIA DO DELITO. PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO BASTA A REITERADA OFENSA AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR, VULNERANDO SUA DIGNIDADE COMO SER HUMANO. PRESCRIÇÃO QUANTO AO DELITO DE FRUSTRAÇÃO DE DIREITO TRABALHISTA. DENUNCIADO COM IDADE SUPERIOR A SETENTA ANOS. RECEBIMENTO PARCIAL DA DENÚNCIA.

I – A inicial acusatória contemplou a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas, apresentou informações essenciais sobre a prática das condutas, preenchendo os requisitos do art. 41 do CPP.

II – Prescrição da pretensão punitiva estatal em relação ao delito de frustração de direito trabalhista, considerando a pena máxima cominada ao tipo penal (dois anos de detenção) e o fato de o prazo do art. 109, V, do Código Penal necessitar ser reduzido à metade (art. 115 do CP); a prescrição é, inclusive, anterior à remessa dos autos a esta Corte.

III – A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende ser desnecessário haver violência física para a configuração do delito de redução à condição análoga à de escravo. É preciso apenas a coisificação do trabalhador, com a reiterada ofensa a direitos fundamentais, vulnerando a sua dignidade como ser humano (Inq 3.412, Redatora p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 12/11/2012).

IV – Presentes os indícios de materialidade e autoria, a denúncia foi parcialmente recebida para os crimes de redução a condição análoga à de escravo e de aliciamento de traba-

lhadores de um local para outro do território nacional, tipificados nos arts. 149 e 207, caput e § 1º, ambos do Código Penal.”

Sobre a dignidade da pessoa humana, convém desde logo destacar as lições de Ingo Wolfgang Sarlet¹⁰, que a conceitua nos seguintes termos:

“Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.”

Nesse sentido, ao colocar a dignidade da pessoa humana no centro da discussão da condição análoga à de escravo, evidencia-se que o Supremo Tribunal Federal buscou, nos julgados acima analisados brevemente, contribuir para o combate dessa inenarrável chaga que ainda aflige as condições de trabalho no país, buscando uma interpretação sempre que tenha respaldo e reforce o necessário respeito à dignidade do trabalhador enquanto princípio e fim da própria prestação laboral¹¹.

3. CONCLUSÃO

Objetivamente, se ao Estado, que possui a prerrogativa exclusiva de impor penas restritivas de liberdade à pessoa humana nos casos previstos em lei,

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

¹¹ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coords.). Trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr e ANAMATRA, 2005.

desde que imperiosamente respeitados o devido processo legal, o amplo direito de defesa e o exercício do contraditório, são impostas salvaguardas positivas, ou seja, “*garantias* contra a prisão, a detenção e a penalização arbitrárias, mediante mecanismos constitucionais denominados, em conjunto, *direito de segurança*”¹², não se pode exigir menos do particular, que sequer possui a possibilidade de exercer arbitrariamente a restrição ao direito à liberdade.

Assim, no atual Estado Democrático de Direito, não se pode exigir menos que a análise de questões relacionadas à redução do ser humano trabalhador à condição análoga à de escravo sob a égide da dignidade da pessoa humana, pois é fundamento estruturante da República, conforme previsto na própria Constituição Federal.

Quando se impõe ao trabalhador condições de trabalho forçado e o trabalho forçado, quando se impõe ao trabalhador condições de trabalho que resultem na restrição estridente de seu pleno direito de ir e vir, quando se impõe ao trabalhador o exercício de atividades laborais em condições degradantes, é a dignidade da pessoa humana que está sendo violada.

A dignidade da pessoa humana, como parâmetro capaz de vedar a redução à condição análoga à de escravo, servirá inclusive como fundamento capaz de impedir a transformação do ser humano em mera *res*, em uma coisa quantificável. Há que se reconhecer que o trabalho deve ser visto como ocasião de valorização da pessoa, pois “*o trabalho dignifica o homem*”.

Para a doutrina de Luís Roberto Barroso¹³, a dignidade da pessoa humana não teria uma carga jurídica, representando apenas uma remota e transcendental locução, pois meras dificuldades do ser humano poderiam representar situações ofensivas à dignidade humana.

Esse entendimento, contudo, não deveria ser a interpretação mais correta a incidir na hipótese estudada, frente aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, na medida em que na situação concreta da redução do trabalhador à condição análoga à de escravo se traduz de forma de forma robusta, cabal, transpassando até mesmo a órbita individual.

¹² SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2006.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Importante ponderar que os julgados do Supremo Tribunal Federal, ao exprimir determinada interpretação conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, alcançaram patamar tão elevado sob a égide constitucional que passaram integrar o arcabouço jurídico-constitucional, atraindo seu reconhecimento também à luz do princípio do não-retrocesso social, que não permite retrocesso na condição social da pessoa humana através de medida legislativa, mesmo que por intermédio de Emenda à Constituição¹⁴.

Ao contrário, alcançado determinado grau de concretização dos direitos sociais e econômicos relacionados aos direitos subjetivos e objetivos da pessoa humana, não se permite que as normas e as interpretações constitucionais posteriores venham a regredir a situações anteriores que sejam obviamente prejudiciais à condição social¹⁵.

Desta feita, a nosso sentir, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, dando plena eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana durante a análise de situações concretas que resultaram – ou mesmo que resultem – na redução à condição análoga à de escravo.

4. REFERÊNCIAS

ABREU, Lília Leonor; ZIMMERMANN, Deyse Jacqueline. Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. ano 69, nº 2, jul.- dez. 2003.

ANDRADE, Denise Lapolla de Paula Aguiar. A Lei n. 10.803/2003 e a nova definição de trabalho escravo – diferenças entre trabalho escravo, forçado e degradante. Revista do Ministério Público do Trabalho. n. 29, março de 2005.

ARRUDA, Kátia Magalhães. Trabalho análogo à condição de escravo: um ultraje à constituição. In: Revista Genesis, Curitiba, v. 6, n. 36, p. 683-689, dez. 1995.

BARROSO, Luis Roberto. Constituição da República Federativa do Brasil anotada. 5. ed. reform. – São Paulo: Saraiva, 2006.

¹⁴ MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. *Evocati Revista*. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 01/10/2015.

¹⁵ DELGADO. Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo : LTr, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto, A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: < http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 01/10/2015.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coords.). Trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr e ANAMATRA, 2005.

BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte : Fórum, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DELGADO. Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 12. ed. São Paulo : LTr, 2013.

FALEIROS, José Anchieta. O trabalho escravo no Brasil. Revista LTr, 52-4.

MARASCHIN, Claudio. ST 94 – ABR/97 – DOUTRINA, pág.23

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. **Evocati Revista**. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.ws-p?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 01/10/2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva. 2007.

PIOVESAN, Flávia. Trabalho escravo e degradante como forma de violação aos direitos humanos. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (coords.). Trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr e ANAMATRA, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 26ª edição, revista, e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 48, de 10.8.2005). São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL ENTRE HOMOSSEXUAIS NO PLANO NACIONAL E INTERNACIONAL

Lucile Álvares Alberto Meira e Sá Prates¹⁶

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL DE HOMOSSEXUAIS NO PLANO INTERNACIONAL. 3. FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS. 3.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. 3.2 POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO DE HOMOSSEXUAIS NO BRASIL. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

RESUMO

O artigo escrito tem como objetivo apresentar a grande evolução dos direitos dos casais homoafetivos no plano nacional e internacional. É importante demonstrar que as relações homoafetivas são muito antigas, mas a sua regulamentação é muito lenta por diversos motivos, preconceito, imposições religiosas, costumes, etc. Em 1989, a Dinamarca foi o primeiro país do mundo que autorizou o registro de pessoas do mesmo sexo, produzindo os mesmos efeitos legais do casamento. Já em 2001, a Holanda foi o primeiro país a regulamentar o casamento de pessoas do mesmo sexo. Depois desses avanços, vários países regulamentaram os direitos de casais do mesmo sexo, reconhecendo a união estável e autorizando o casamento. Além disso, as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Europeia dos Direitos dos Homens foram de grande importância para a evolução dos direitos dos homossexuais. No Brasil, a própria Constituição Federal de 1988, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana como base dos direitos fundamentais, sendo inviável excluir tal grupo da sociedade. Além disso, os direitos da personalidade dos indivíduos homossexuais devem ser respeitados, quando o legislador é omissivo ou contra agridesse esses direitos. Vale lembrar, que o princípio da isonomia ou igualdade, impede qualquer tipo de discriminação, pois no Brasil todos são iguais perante a lei. Hoje no Brasil é reconhecida a união homoafetiva como entidade familiar, e os cartórios são obrigados a celebrar o casamento civil e converter a união estável em casamento. Os procedimentos metodológicos utilizados para a criação do artigo foram análises de livros, decisões jurídicas, sites, artigos e convenções.

Palavras-chave: homoafetivos; casamento; união estável.

¹⁶ Advogada, aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

1. INTRODUÇÃO

A união estável e casamento entre homossexuais são assuntos muito comuns no mundo inteiro, e já emerge várias discussões nacionais e internacionais.

A medida que a sociedade cria novas formas de cultura e modelos de formação familiar, não cabe definir como casal apenas um homem e uma mulher, sendo impossível ignorar essa evolução social e não adequar os direitos existentes nas legislações.

Alguns países já inseriram no seu ordenamento a possibilidade dessas relações jurídicas, outros não aceitam essas novidades.

A existência da homossexualidade é muito antiga e encontrada em diversos povos, como os romanos, egípcios, gregos e assírios.¹⁷

As culturas e civilizações revelavam essa existência por meio de mitos, lendas, relatos ou encenações. Todavia, a igreja católica sempre condenou esse tipo de relação, considerando perversão e aberração da natureza.¹⁸

Na década de 60 e 70 a homossexualidade aumentou a sua visibilidade, com os movimentos que buscavam dar a conceituação das relações, tanto social como individual.¹⁹

2. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL NO PLANO INTERNACIONAL

Além do Brasil, outros 15 países aceitam o casamento entre homossexuais: Holanda (2001), Bélgica (2003), Espanha (2005), Canadá (2005), África do Sul (2006), Noruega (2009), Suécia (2009), Portugal (2010), Islândia (2010), Argentina (2010), Dinamarca (2012), Uruguai (2013), Nova Zelândia (2013), França (2013) e EUA (2015).²⁰

¹⁷ BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. Direitos Estrangeiros. In: BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. Matrizes históricas. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25 e 27.

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Matrizes históricas. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 25 e 27.

²⁰ G1, São Paulo. *Conheça os 14 países em que o casamento gay foi aprovado*, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/04/conheca-os-14-paises-em-que-o-casa->

O primeiro país do mundo a conceder direitos às pessoas que vivem em parcerias homossexuais foi a Dinamarca. A partir de 1989, alguns direitos patrimoniais às uniões civis homossexuais foram legalizados. A Lei Dinamarquesa 372 de 1989 prescreveu a possibilidade de duas pessoas do mesmo sexo registrarem sua parceria, produzindo os mesmos efeitos legais do contrato de casamento, aplicando-se as mesmas disposições determinadas aos esposos. A partir de 2012, a Dinamarca autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo.¹

A Noruega em 1993 promulgou a Lei 40, que disciplinava o Registro de Parceria de Casais Homossexuais, que permitiu a possibilidade dos parceiros compartilharem a autoridade parental ou o pátrio poder. Em 2009, o país determinou possível o casamento entre os casais do mesmo sexo.²

A Suécia considerava até 1944, crime a parceria entre pessoas do mesmo sexo com idade inferior a 25 anos. Em 1995 passou a vigorar uma lei que autorizava o registro dessa parceria. Desde 2009 o país aceita o casamento entre homossexuais.³

No dia 26 de junho de 2015, a Suprema Corte dos Estados Unidos legalizou o casamento entre homossexuais em todo o país. Os quatorze Estados que se negavam a unir duas pessoas do mesmo sexo foram obrigados à autorizar e reconhecer os casamentos entre pessoas do mesmo sexo. O julgamento teve cinco votos a favor e quatro contra.

A Convenção Americana de Direitos Humanos reconhece o direito à igualdade e não discriminação das pessoas:

“1.1 Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas

mento-gay-foi-aprovado.html>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

¹ BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. Direitos Estrangeiros. In: BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 41.

² BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. Direitos Estrangeiros. In: BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 45.

³ BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. Direitos Estrangeiros. In: BRANDÃO, Débora Vanessa Cáus. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 46.

ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

24. todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei.”

Em 2012, a CIDH julgou o primeiro caso relativo a violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual. O caso *Atala Riffo Y Ninãs Vs. Chile* abordou a responsabilidade do Estado por tratamento discriminatório em razão da homossexualidade, e interferência arbitrária na vida privada e familiar.⁴

Karen Atala Riffo casou-se com Ricardo Jaime López Allendes casou em 1993 e dessa relação tiveram três filhas. Em 2002, o casal separou de fato e ficou estabelecido que a mãe ficaria com a custódia das três meninas, com regime de visita semana do pai.⁵

Ocorre que Atala Riffo iniciou uma relação homoafetiva com Emma de Ramón e em novembro de 2002 elas passaram a morar juntas na casa de Atala. O pai das crianças, inconformado com a situação interpôs queixa junto à Suprema Corte de Justiça do Chile, com demanda de custódia definitiva. O tribunal considerou que a orientação sexual materna poderia expor as filhas à discriminação e causar confusão psicológica, e determinou que a melhor solução seria mantê-las com o pai.⁶

Ao julgar o caso, a Corte entendeu que a decisão da justiça chilena violou os princípios da igualdade e da não discriminação. Além disso não foram apresentadas provas concretas do dano real e imediato que a orientação sexual da mãe poderia causar as filhas. Por fim, entendeu-se que a Convenção não adota um conceito fechado e tradicional de família fundada no casamento. O princípio fundamental da proteção da vida privada dos indivíduos e das garantias processuais também foram violados.⁷

⁴ JURISDIÇÃO. *Caso Atala Riffo Y Ninãs Vs. Chile*, 24 de fevereiro de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

⁵ JURISDIÇÃO. *Caso Atala Riffo Y Ninãs Vs. Chile*, 24 de fevereiro de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

⁶ JURISDIÇÃO. *Caso Atala Riffo Y Ninãs Vs. Chile*, 24 de fevereiro de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

⁷ JURISDIÇÃO. *Caso Atala Riffo Y Ninãs Vs. Chile*, 24 de fevereiro de 2012. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

A Corte Europeia dos Direitos do Homem garante o direito ao respeito pela vida privada e familiar, o direito ao casamento e proíbe a discriminação:

“8.1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

8.2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Artigo 12. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.

Artigo 14. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.”⁸

O caso *Shalk and Kopf v. Austria*, 24 de junho de 2010, foi o primeiro de casais homossexuais julgado pela Corte Europeia dos Direitos do Homem. O casal de homens requereu para as autoridades da Áustria a permissão para casar, que foi negada com base que os casamentos só podem ser realizados entre casais do sexo oposto.⁹

A decisão final da Corte não foi uma vitória total para casais do mesmo sexo, pois não considerou que a Áustria violou o artigo 12 e 14 da Convenção Europeia. Entretanto, essa decisão é considerada um marco importante, pois o

⁸ JURISDIÇÃO. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1 de junho de 2010. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

⁹ JURISDIÇÃO. *Caso Schakl and Kopf v. Austria*, 24 de junho de 2010. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

TEDH reconheceu que os casais do mesmo sexo vivendo em união estável se inserem na categoria de família da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.¹⁰

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos dos Homens contribuíram muito com as decisões relacionadas às relações homoafetivas. Entretanto, nenhuma das duas reconheceu o direito de se impor judicialmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo.

Diante dos fatos expostos, podemos observar o grande avanço dos direitos dos homoafetivos no âmbito nacional e internacional.

3. FAMÍLIAS HOMOAFETIVAS

3.1 PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, que é a síntese de todos os direitos fundamentais. O princípio jurídico da proteção da dignidade da pessoa humana tem como ideia que a pessoa não pode ser instrumentalizada ou descartada devido às características que lhe conferem individualidade e imprimem sua dinâmica pessoal.¹¹ Um homossexual tem esse princípio violado quando é ofendido ou agredido, fisicamente ou espiritualmente, devido a sua orientação sexual.¹² Dessa forma, a discriminação jurídica para com esse grupo é inconstitucional.

Ocorre um desrespeito a dignidade intrínseca do indivíduo quando este é excluído de um rol de pessoas em razão da sua orientação sexual.¹³ Normas e leis que promovem a integridade física e emocional devem ser criadas em decorrência do valor da dignidade da pessoa humana.¹⁴

¹⁰ JURISDIÇÃO. *Caso Schakl and Kopf v. Austria*, 24 de junho de 2010. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99605>.

¹¹ RIOS, Roger Raupp. Homossexualidade e a proteção constitucional da dignidade da pessoa humana. In: RIOS, Roger Rapupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001. p. 89.

¹² FERNANDES, Taísa Ribeiro. Proteção Constitucional. In: FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 150.

¹³ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Relevância dos Princípios e Valores Constitucionais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 150.

¹⁴ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Relevância dos Princípios e Valores Constitucionais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 153.

A homossexualidade deve ser respeitada com base nos direitos da personalidade, que estão abrangidos no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Esses direitos são subjetivos da pessoa, inatos, imprescritíveis, irrenunciáveis, oponíveis *erga omnes*, que se relacionam com o modo de ser e viver, a liberdade, integridade, imagem, reputação, honra, privacidade e a autonomia de exercer a orientação sexual. Ou seja, a discriminação dos homossexuais agride o direito a personalidade, o que também ocorre quando o legislador é omissivo ou rejeita legislação a respeito.¹⁵

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º da CF, I) e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º da CF, IV). Dessa forma, qualquer pessoa é livre para assumir e exercer a sua orientação sexual, sendo proibida qualquer forma de discriminação. Cada pessoa pode também exercer livremente sua personalidade, de acordo com os seus desejos íntimos.¹⁶

O princípio da isonomia ou igualdade está inserido no artigo 5º da Constituição Federal e garante que todos são iguais perante a lei, vedando qualquer tipo de distinção entre homens e mulheres, que está implícito a vedação de escolha sexual. Ou seja, os heterossexuais e homossexuais devem receber o mesmo tratamento jurídico, sem qualquer tipo de discriminação.¹⁷

Para a Ministra Maria Elizabeth Rocha, “a questão não é opor a igualdade à diferença, mas à desigualdade, e rechaçar a instituição de um apartheid social que obstrui a interação entre pessoas pertencentes a universos distintos.”¹⁸

Os homossexuais sofrem de discriminação e preconceito sendo dignos de proteção. Como diz a doutrinadora Maria Berenice Dias “o direito à sexualidade avança para ser inserido como um direito de terceira geração, que compreende

¹⁶ DIAS, Maria Berenice. Perfil Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 77.

¹⁷ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Relevância dos Princípios e Valores Constitucionais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 170-171.

¹⁸ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. “*Iguais, mas separados*”. *Os Homossexuais e as Forças Armadas*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo: 2011. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-007-INDICE.htm>>.

os direitos decorrentes da natureza humana, tomados não individualmente, mas genericamente, solidariamente.”¹⁹

3.2 POSSIBILIDADE DE UNIÃO ESTÁVEL E CASAMENTO DE HOMOSSEXUAIS NO BRASIL

A Constituição brasileira de 1891 atribuía validade apenas ao casamento civil. A Constituição de 1937 e de 1946 designava que a família era constituída pelo casamento indissolúvel, e a de 1967 mencionava apenas o casamento, não especificando. Já a Constituição de 1988, no seu artigo 167, reconhece a união estável entre homem e mulher, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes como entidade familiar.²⁰

A família é uma formação social, se transformando de acordo com o tempo e os costumes da sociedade. Ao longo do tempo a Constituição avançou muito, mas existe a necessidade do Direito de Família criar novos modelos para as novas entidades familiares, como é o caso da relação entre pessoas do mesmo sexo.²¹

A homoafetividade vista como entidade familiar possui os fundamentos derivados dos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, que se concretizam também nos acórdãos que reconhecem a união estável entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, os acórdãos são fundamentados com utilização de analogia ou em interpretações gramaticais acerca do artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal, revelando que a expressão homem e mulher referida na norma, está vinculada à possibilidade de conversão da união estável em casamento, não se referindo com o conceito de convivência.²²

De acordo com o doutrinador Jorge Luiz Ribeiro de Medeiros, o reco-

¹⁹ DIAS, Maria Berenice. Perfil Constitucional. In: DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito e a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 74.

²⁰ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Relevância dos Princípios e Valores Constitucionais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 157-158.

²¹ MATOS, Ana Carla Harmatiuk. A Relevância dos Princípios e Valores Constitucionais. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk, *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 158.

²² MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. O Sentimento Timido. IN: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 109-110.

nhecimento do casamento entre casais do mesmo sexo:

“Não diz respeito apenas a reconhecer os direitos daí advindos para os particulares que optem por essa via, mas reconhecer o próprio direito a casais homossexuais de serem tratados com igual consideração pelo ordenamento jurídico. É nesse sentido que o acesso ao casamento por pessoas do mesmo sexo permite a esses cidadãos o exercício de autonomia privada (garantia de direitos individuais) e de autonomia pública (respeito como sujeitos iguais na atuação pública, sem redução de status jurídico de nenhuma espécie por conta de suas diferenças); de liberdade (na escolha da forma e da proteção jurídica ao seu afeto) e igualdade (acesso as mesmas proteções que um casal heterossexual dispõe), celebrando, conseqüentemente, o exercício vivo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.”²³

Quando é negado o casamento aos homossexuais ocorre uma hierarquização das atividades familiares, de forma excludente e sem fundamento no direito. Se com base nos princípios já são reconhecidas algumas formas de proteção da afetividade dessas pessoas, desde que não seja o casamento, está afirmando “implicitamente que esse instituto se encontra em um patamar distinto, fechado a pluralidade, à diferença e às transformações sociais, diferentemente das outras entidades familiares reconhecidas.”²⁴

Não existe nenhum fundamento jurídico que exclua a possibilidade da realização de casamento entre homossexuais. O ordenamento não define o casamento como celebrável unicamente entre homem e mulher, e qualquer outra interpretação. O que há é um entendimento preconceituoso e incoerente das pessoas, pois reconhecer essa possibilidade é uma consequência da garantia de igualdade e liberdade.²⁵

A definição de casamento não é prevista na Constituição da República e no Código Civil, mas é considerada uma tradição jurídica com conceito

²³ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. O Sentimento Sai do Armário. IN: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 141.

²⁴ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. O Sentimento Sai do Armário. IN: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 142.

²⁵ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. O Sentimento Sai do Armário. IN: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 143-144.

fechado. Esse posicionamento entende que o casamento só existe se houver a diferença de sexo e celebração do ato.²⁶

Entretanto, alguns tribunais já aceitavam as relações homossexuais como união estável, como é o entendimento do TJRS, de acordo com o acórdão da Apelação Cível número 70016239949, relatada pelo Desembargador Felipe Brasil Santos em 2006:

“APELAÇÃO CÍVEL. UNIÃO ESTÁVEL. RELAÇÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA VARA DE FAMÍLIA E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA. PRECEDENTES. 1. Não ocorre carência de fundamentação na decisão que deixa de se referir expressamente ao texto de lei que subsidiou a conclusão esposada pelo julgador quanto à decisão do caso. 2. Está firmado em vasta jurisprudência o entendimento acerca da competência das Varas de Família para processar as ações em que se discutem os efeitos jurídicos das uniões formadas por pessoas do mesmo sexo [...]” (TJRS, Apelação Cível n.º 70016239949, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. Em 20/12/06 - grifei).”

Em 25 de fevereiro de 2008 o Governador do Rio de Janeiro apresentou ao Supremo Tribunal Federal a ADPF 132, considerando a omissão do Legislativo Federal. O pedido principal da ação foi a aplicação analógica do artigo 1.723 do Código Civil às uniões homoafetivas, alegando que o não conhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo contraria os preceitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Em 02 de julho de 2009 a Procuradoria Geral da República propôs a ADPF 178 que terminou sendo recebida pelo Ministro Gilmar Mendes como a ADI 4277. O pedido foi a interpretação conforme a Constituição Federal do artigo 1.723 do Código Civil, com objetivo para que também se reconheça a união entre pessoas do mesmo sexo, de natureza pública, contínua e duradoura,

²⁶ MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. O Sentimento Aprisionado. IN: MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008. p. 72.

formada com o objetivo de constituição de família. Foi sustentado que o não reconhecimento da união estável de homossexuais como entidade familiar fere os princípios da dignidade humana, igualdade, vedação de discriminação odiosa, liberdade, proteção à segurança jurídica, todos da Constituição Federal.

O julgamento conjunto da ADPF 132 e ADI 4277 foi realizado pelo STF nos dias 04 e 05 de maio de 2011. O Ministro Ayres Brito, relator, evidenciou o seu pensamento pela procedência das duas ações:

Verbalizo que merecem guarida os pedidos formulados pelos requerentes de ambas as ações. Pedido de “interpretação conforme à Constituição” do dispositivo legal impugnado (art. 1.723 do Código Civil), porquanto nela mesma, Constituição, é que se encontram as decisivas respostas para o tratamento jurídico a ser conferido às uniões homoafetivas que se caracterizem por sua durabilidade, conhecimento do público (não-clandestinidade, portanto) e continuidade, além do propósito ou verdadeiro anseio de constituição de uma família.²⁷

Defendeu ainda que o sexo, salvo expressa disposição constitucional em contrário, não pode ser tratado de forma desigual, pois a própria Constituição Federal veda no seu artigo 3º, inciso IV, qualquer tratamento discriminatório ou preconceituoso em razão do sexo, e complementa:

“Tratamento discriminatório ou desigualitário sem causa que, se intentado pelo comum das pessoas ou pelo próprio Estado, passa a colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”.

O que significa o óbvio reconhecimento de que todos são iguais em razão da espécie humana de que façam parte e das tendências ou preferências sexuais que lhes ditar, com exclusividade, a própria natureza, qualificada pela nossa Constituição como autonomia de vontade. Iguais para suportar deveres, ônus e obrigações de caráter jurídico-positivo, iguais para titularizar direitos, bônus e interesses também juridicamente positivados.”

Para o Relator a família tem proteção estatal, mas não importa se foi

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. p. 7. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

constituída por meio de casamento ou informalmente, ou se é integrada por indivíduos heterossexuais ou homossexuais, e afirma que a família é um fato espiritual e cultural, não necessariamente biológico.²⁸

Entendeu o Ministro Ayres Brito que o conceito de família deve ser interpretado de forma ampla, pois “o conceito contrário implicaria forçar o nosso *Magno Texto* a incorrer, ele mesmo, em discurso indisfarçavelmente preconceituoso ou homofóbico.”²⁹

No voto o Relator cita como as constituições anteriores definiam as famílias e casamentos. Cita que o instituto do casamento é disciplinado pela Constituição Federal, mas sem nenhuma menção aos substantivos homem e mulher, o que ocorre no caso de união estável.³⁰

No mérito, o relator julgou procedentes os pedidos das duas ações, ressaltando que o reconhecimento está sujeito às mesmas regras, fins de direitos e consequências da união estável heterossexual.³¹

Os julgamentos da ADPF 132 e ADI 4277 foram unânimes, pelo voto dos 10 ministros, reconhecendo a união homoafetiva como entidade familiar e aplicando à mesma o regime da união estável entre heterossexuais, regulada no artigo 1.723 do Código Civil. Essa decisão trouxe vários avanços para os homossexuais.

Joaquim Barbosa, presidente da CNJ, criou uma proposta para converter a união estável homoafetiva em casamento, para dar efetividade à decisão tomada em maio de 2011 pelo STF.

No dia 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou na 169ª Sessão Plenária, por maioria dos votos (14 a 1), a resolução número 175, que obriga os cartórios de todo o país a celebrar o casamento civil e converter

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. p. 31. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. p. 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. p. 38. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. p. 48-49. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

a união estável em casamento. A resolução foi publicada no dia 15 de maio de 2013 e entrou em vigor no dia 16 de maio de 2013.³²

Diz o artigo 1º da resolução: “É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo”.³³ Depois da decisão todos os cartórios do Brasil são obrigados a aceitar os pedidos.

A decisão pode ser questionada pelo Supremo Tribunal Federal, que deverá ser feito por meio de mandado de segurança.

Em 27 de junho de 2011, um casal de homossexuais que viviam juntos há 8 anos, receberam das mãos do Oficial do Cartório de Registro Civil de Jacareí a certidão de casamento civil. Foi o primeiro casal homossexual a oficializar o casamento no Brasil.³⁴

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos são de grande importância para o crescimento e evolução de todas as sociedades existentes. Esses direitos devem acompanhar as mudanças culturais e os costumes dos cidadãos de cada parte do mundo.

Os homossexuais sempre existiram, mas começaram a adquirir direitos há poucos anos. Muitos países já acrescentaram normas nos seus ordenamentos que protegem os casais do mesmo sexo.

O Brasil teve um grande avanço nesse ponto, o registro do casamento entre homossexuais foi uma grande conquista para essas pessoas. Todos somos iguais, a discriminação contra essas pessoas gera violações aos direitos fundamentais e humanos.

³² SILVEIRA, Luiz. *Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira*, 2013. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

³³ JURISDIÇÃO. *Resolução 175 da CNJ*, 14 de maio de 2013. http://www.cnj.jus.br/images/impressao/resolucao_n_175.pdf.

³⁴ RODRIGUES, Marcos. *Primeiro a conseguir casamento gay no Brasil comemora decisão do CNJ*, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/05/primeiro-conseguir-casamento-gay-no-brasil-comemora-decisao-do-cnj.html>>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia dos Direitos dos Homens ainda não aceitaram o casamento entre pessoas do mesmo sexo, mas algumas das decisões foram de grande importância para a evolução dos direitos dos homossexuais.

5. REFERÊNCIAS

BRANDÃO, Débora Vanessa Caús. *Parcerias Homossexuais: Aspectos Jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Voto da ADPF 132 e ADI 4277. Relator: BRITO, Ayres. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI-4277revisado.pdf>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *União Homossexual: O Preconceito & a Justiça*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FERNANDES, Taísa Ribeiro. *União Homossexuais: efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Método, 2004.

G1, São Paulo. *Conheça os 14 países em que o casamento gay foi aprovado*, 2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/04/conheca-os-14-paises-em-que-o-casamento-gay-foi-aprovado.html>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

JURISDIÇÃO. *Convenção Americana de Direitos Humanos*, 22 de novembro de 1969. <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>.

JURISDIÇÃO. *Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 1 de junho de 2010. http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf.

JURISDIÇÃO. *Resolução 175 da CNJ*, 14 de maio de 2013. http://www.cnj.jus.br/images/impressao/resolucao_n_175.pdf.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk. *União entre pessoas do mesmo sexo: aspectos jurídicos e sociais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MEDEIROS, Jorge Luiz Ribeiro de. *A Constitucionalidade Do Casamento Homossexual*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVEIRA, Luiz. *Resolução que disciplina a atuação dos cartórios no casamento gay entra em vigor nesta quinta-feira*, 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24686-resolucao-que-disciplina-a-atuacao-dos-cartorios-no-casamento-gay-entra-em-vigor-amanha>. Acesso em: 30 de nov. 2014.

RIOS, Roger Raupp. *A Homossexualidade no Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Esmafe, 2001.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. “*Iguais, mas separados*”. *Os Homossexuais e as Forças Armadas*. In: Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, São Paulo: 2011. Disponível em: < <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-17/RBDC-17-007-INDICE.htm>>.

RODRIGUES, Marcos. *Primeiro a conseguir casamento gay no Brasil comemora decisão do CNJ*, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2013/05/primeiro-conseguir-casamento-gay-no-brasil-comemora-decisao-do-cnj.html>>.



NEOCONSTITUCIONALISMO: BREVE ANÁLISE E REFLEXÃO

Fernando Luiz Carvalho Dantas³⁵

RESUMO

O Neoconstitucionalismo é um movimento jurídico que abarca grande parte das práticas judiciais constitucionalismo contemporâneo e que aproximam os ordenamentos jurídicos do *civil law* a características do direito constitucional próprio do sistema do *common law*. O processo de transição do positivismo para o pós-positivismo ocorre com a adoção de instrumental dialético que incorpora às regras normativas os princípios havidos da sociedade e plasmados no bojo das Constituições, ampliando o alcance de normas constitucionais, suprindo hiatos de incidência de normas-regras e projetando os comandos das normas constitucionais para as instâncias infraconstitucionais por meio de processo de filtragem constitucional. O processo histórico, filosófico e jurídico em torno do desenvolvimento dos sistemas jurídicos ocidentais que resultou no movimento Neoconstitucionalista, vem a reboque de eventos representativos da história contemporânea e do pensamento jurídico pós-Segunda Guerra Mundial, com a ascendência de sistemas jurídicos consuetudinários – vencedores da conflagração mundial – sobre sistemas jurídicos positivados, que albergaram regimes totalitários gestados sob o império da lei. Sob essa perspectiva sobreveio o pensamento jurídico-filosófico que superou a tentativa positivista de aproximar o Direito das ciências naturais, para a afirmação de que a norma não é capaz de circunscrever o Direito, devendo a ética, os valores, as crenças e os princípios permear o exercício hermenêutico contemporâneo.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo – Constitucionalismo – Características

ABSTRACT

The Neoconstitutionalism is a legal movement that embraces much of the contemporary constitutionalism and judicial practices that bring the legal system of civil law characteristics of their own constitutional rights of the common law system. Positivism the transition to the post-positivism occurs with the adoption of dialectical instrumental incorporating the normative rules the accruing principles of society and enshrined in the midst of the Constitutions, expanding the scope of constitutional requirements, supplying incidence of gaps-rules rules and designing the controls of constitutional norms

³⁵ Advogada, aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

for infra instances through constitutional filtering process. The historical, philosophical and legal process surrounding the development of Western legal systems which resulted in Neoconstitutionalism movement comes the representative events towing of contemporary history and the post-Second World War legal thought, with the ascendancy of customary legal systems - winners worldwide conflagration - on positivized legal systems, which harbored totalitarian regimes gestated under the rule of law. From this perspective came the legal and philosophical thought that surpassed the positivist attempt to bring the law of the natural sciences, to the claim that the standard is not capable of limiting the right, with the ethics, values, beliefs and principles permeate contemporary hermeneutical exercise.

KEY WORDS: Neoconstitutionalism - Constitutionalism – Characteristics

1. INTRODUÇÃO

Uma miríade de trabalhos científicos é produzida em torno do tema Neoconstitucionalismo, tendo-se em vista a inflexão ocorrida nas últimas cinco décadas no perfil dos estados nacionais e seus respectivos ordenamentos jurídicos.

As transformações sociais e políticas subjacentes ao período após a Segunda Guerra Mundial tiveram profundos impactos na estruturação dos estados nacionais direta ou indiretamente envolvidos no conflito.

Com efeito, uma nova arquitetura institucional passou a ser concebida em torno do Estado de Direito, face a crise do Estado legislativo liberal, mormente pelos países aderentes aos sistemas jurídicos de direito positivado - *civil law* – ante a disfuncionalidade produzida pelo positivismo jurídico que por vezes viabilizou teratologias gestadas por maiorias de ocasião, em ambiente de relativa rigidez das normas constitucionais.

O processo de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos de países como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e Brasil concorreu com a incorporação de novas técnicas de interpretação constitucional, instrumentalizadas por meio de ponderações de normas-princípios em um processo de releitura das normas infraconstitucionais a partir do marco constitucional paradigma.

O presente ensaio abordará, sinteticamente, os fundamentos de cada período do constitucionalismo – Estado pré-moderno e jusnaturalismo; Estado de Direito e positivismo; Estado constitucional e pós-positivismo - em diferentes

cortes temporais anteriores a exurgência do neoconstitucionalismo, buscando delimitar um referencial histórico e social que lhes correspondam.

Será, ainda, descrito o conteúdo teórico do neoconstitucionalismo, com destaque para as características básicas do neoconstitucionalismo, a dogmática de interpretação constitucional, a consolidação força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia normativa e vinculativa da constituição em face do ordenamento jurídico e a força normativa dos direitos fundamentais.

2. ANTECEDENTES

O estudo do constitucionalismo remete, inevitavelmente, a uma abordagem histórica, econômica e social de países, regimes e instituições.

Em perspectiva histórica, os movimentos constitucionalistas desenvolvem ações originadas na necessidade proteção dos direitos dos cidadãos em face do poder dos monarcas.

A estipulação de um conjunto de direitos fundamentais dos súditos frente aos poderes ostentados pelo poder político, estruturou atos na Inglaterra como a Carta Magna de 1215, a *Petition of Rights* de 1628, o *Instrumento of Government* de 1654, o *Bill of Rights* de 1689.

Nos Estados Unidos a *Declaration of Rights of State of Virginia* de 1776 e a *Constituição da Confederação dos Estados Americanos*, de 1781 consubstanciam os movimentos pré-constitucionais, tendo enfoque assecuratório dos direitos fundamentais dos cidadãos frente ao poder constituído.

A *Constituição dos Estados Unidos da América* de 1787, influenciou de forma substancial na formulação da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão* de 1789 na França e assentou as bases para delimitação de direitos fundamentais no campo constitucional.

A vertente jusnaturalista corresponde ao referencial de Estado pré-moderno. Sua versão moderna – Kelsen e Hart - concebeu princípios de justiça universalmente válidos¹, aptos a delinear os contornos do que o Direito Natural evidencia como verdadeiro, justo e obrigatório, assentados na concepção da

¹ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, in: p. 205.

existência de uma lei superior – *higher law* – que garante conteúdos materiais essenciais e que se sobrepõem ao direito comum – *lower law* – a partir da atuação de um critério de validade que converte as normas em direito, independentemente da apropriação pelo poder político² e se alicerça nas formulações interpretativas da jurisprudência.

A ascensão do Estado de direito e do positivismo ao final do século XIX vertem leis codificadas que encerrariam os conceitos de justiça e de legalidade nos textos positivados, representando uma alteração das condições de existência e de validade das normas jurídicas³, a outorgar o monopólio estatal sobre as fontes jurídicas para as leis.

O positivismo tem como corolário que o direito comum é absorvido pelo direito estatutário para inaugurar o verdadeiro e estrito positivismo jurídico⁴, culminando com as formulações de Kelsen e Hart para fornecer uma perspectiva descritiva dos sistemas jurídicos sob a ótica de uma teoria autônoma do direito⁵.

As aparentes dicotomias havidas jusnaturalismo e positivismo são eclipsadas pela decadência desta última corrente filosófica do direito em vista do oca-so dos regimes autoritários italiano e alemão, legitimados pelo império da lei positivada, mas em evidente confronto com valores não compreendidos pelo ordenamento jurídico positivo ao fim da 2ª Guerra Mundial, tais como a ética e os valores que começam a retornar ao direito⁶.

Os mecanismos de interpretação clássicos do direito deixam de apreender valores cuja reflexão do pós-guerra se revelaram caros às sociedades e que perpassam os limites do que a legalidade é capaz de fornecer como fonte do direito, emergindo, assim, um processo de transformação do direito constitucional que conferiu às democracias ocidentais novos paradigmas quanto ao ordenamento jurídico.

A incorporação de métodos interpretativos que atribuam cargas normati-

² MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 56

³ FERRAJOLI, Luigi. *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003, p. 15.

⁴ BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Assis y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Debate, 1993, p. 50.

⁵ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.88.

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 206.

vas a princípios⁷ com o desenvolvimento de técnicas de ponderação de normas constitucionais, a máxima força normativa conferida aos direitos fundamentais⁸, a afirmação da força vinculante da constituição, a afirmação da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova abordagem para hermenêutica constitucional que se irradia por todo o ordenamento jurídico, representaram os fundamentos teóricos do desenvolvimento do pós-positivismo no âmbito constitucional.

O próximo capítulo abordará o conteúdo teórico do Neoconstitucionalismo e suas características, tais como a nova dogmática de interpretação constitucional, a consolidação força normativa dos princípios constitucionais, a eficácia normativa e vinculativa da constituição em face do ordenamento jurídico e a força normativa dos direitos fundamentais.

3. NEOCONSTITUCIONALISMO: BASE TEÓRICA

As transformações ocorridas no direito constitucional após a segunda guerra mundial decorreram, primeiramente, de uma observação empírica que evidenciou a disfuncionalidade de sistemas jurídicos fundamentados na prevalência da legalidade positivada.

Essa transformação de modelos de sistema constitucional admite uma justificativa metajurídica de que os sistemas jurídicos anglo-saxão e americano irradiaram suas influências para os países da Europa continental, mormente os que sucumbiram no conflito mundial. Esta assertiva, no entanto, não encontra evidências na literatura consultada, mas instiga reflexões a seu respeito.

As coalizões parlamentares na Alemanha nazista e na Itália de Mussolini foram capazes de produzir normas cujos conteúdos viabilizaram violações de direitos humanos, subversão da ordem constitucional e concentração de poderes sob o pálio da legalidade do momento.

As necessidades de incorporação de valores, de elementos de estabilização institucional e de verificação de compatibilidade de normas frente ao texto cons-

⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78.

⁸ ALEXY, Robert. *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003, p. 33.

titucional, sobrevieram como aspectos a serem aprimorados no ordenamento jurídico e que o pós-positivismo teria capacidade de atender.

Por outro lado, a tradição de baixa força normativa havida nas constituições dos países da Europa continental no período anterior a conflagração do conflito mundial, resultavam, em regra, na não concretização das normas constitucionais, entregando ao administrador de ocasião o arbítrio de realização ou não do conteúdo constitucional⁹.

Como resultado, uma redefinição de paradigma constitucional houve por ser desenhado no campo das instituições na Europa e diversos países ocidentais, com destaque para a elaboração da Lei Fundamental de Bonn e a criação do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a promulgação da Constituição da Itália e instalação de sua Corte Constitucional, para o processo de redemocratização de Portugal e Espanha e redesenho do sistema judicial constitucional e a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988¹⁰.

O desenvolvimento do pós-positivismo, como dito, se alicerça na percepção de que um sistema jurídico a suceder o positivismo moderno a demandar a introdução de premissas assentadas em cláusulas abertas e conceitos cuja determinação perpassa os limites do direito positivo, exatamente para compreender um grau de valoração e de eticidade ausentes no modelo anterior.

Uma síntese sugerida por Ricardo Guastini quanto às características do neoconstitucionalismo elenca: (i) a necessidade de rigidez constitucional; (ii) a garantia da jurisdição constitucional; (iii) a força vinculante da constituição; (iv) a sobreinterpretação da constituição; (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação conforme as leis; (vii) a influência da constituição sobre as relações políticas¹¹.

Acrescenta-se, ainda, ao rol de caracteres do neoconstitucionalismo uma nova dogmática de interpretação constitucional¹² que viabilize a incorporação

⁹ **BARROSO**, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 207

¹⁰ **BARROSO**, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 208.

¹¹ **GUASTINI**, Ricardo. "La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003, p. 50-57

¹² **BARROSO**, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 209.

de valores e temas não positivados ao processo de interpretação constitucional.

A rigidez constitucional com a positivação de um texto próprio tem por escopo delimitar o objeto normativo a ser estabilizado e protegido da atividade legiferante ordinária, deduzindo analiticamente os temas que vinculam o poder político com as cláusulas constitucionais e os núcleos insuscetíveis de alteração por qualquer forma de disposição jurídica.

A jurisdição constitucional sobreveio como processo que sucedeu um longo período de soberania do Parlamento – no caso inglês – e do conceito de que a lei apreenderia a vontade popular¹³.

A força normativa da constituição é, no entendimento de Konrad Hesse, uma forma de que as normas constitucionais possam ter maior eficácia possível¹⁴, independentemente de sua estrutura ou de seu conteúdo normativo, consubstanciando uma norma jurídica genuína, vinculante e suscetível de produzir efeitos jurídicos¹⁵.

A perspectiva pós-positivista do constitucionalismo pressupõe, ainda, que as manifestações exaradas em torno do conteúdo material da constituição, além de vincular os poderes constituídos ao mandamento constitucional e assentar prevalência dos comandos dispositivos sobre os julgados das demais instâncias judiciais e executivas - por meio de controle concreto ou abstrato da constitucionalidade das leis¹⁶ - sinaliza o imperativo de que o sistema judicial disponha de uma jurisdição constitucional que não se limite ao Poder Legislativo, mas que seja externo a este¹⁷.

Uma característica central na construção pós-positivista do constitucionalismo é o que Guastini denomina sobreinterpretação¹⁸ da Constituição, aludindo a extensão da constituição para preencher lacunas no ordenamento

¹³ **BARROSO**, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 210.

¹⁴ **HESSE**, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. P. 27.

¹⁵ **GUASTINI**, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003, p. 53.

¹⁶ **MÖLLER**, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.32.

¹⁷ **MÖLLER**, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.33.

¹⁸ **GUASTINI**, Ricardo. “La constitucionalización del ordenamento jurídico. In: *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003, p. 55.

jurídico de forma a que a regulação constitucional expunja soluções judiciais alicerçadas na discricionariedade.

O processo de interpretação constitucional proposto correlaciona-se com a novel abordagem aludida por Luís Roberto Barroso¹⁹ e vista com preocupação por Lênio Luiz Streck²⁰, é concebido a partir leitura e interpretação do ordenamento jurídico a partir de conceitos abertos, valores e princípios detectados pela corte constitucional no bojo do processo de sua jurisdição.

O esforço doutrinário para a atribuição de carga normativa a princípios²¹ e incorporação de valores ao texto constitucional, permitiu o desenvolvimento de método hermenêutico próprio para expandir o conteúdo constitucional e estabelecer uma dinâmica axiológica que fundamenta o processo de sopesamento – *dimension of weight* - de princípio em aparente conflito²², que passam a expressar mandados de otimização²³ em face de outros princípios e normas.

O arcabouço hermenêutico concebido no bojo da construção do pós-positivismo constitucional ainda é uma obra em construção, padecendo das contradições paradigmáticas decorrentes da “*baixa constitucionalidade*”²⁴ própria de uma travessia do paradigma da norma posta para um sistema em que princípios, valores e normas operam na construção do Direito.

À força vinculante da constituição se conjuga a aplicação direta das normas constitucionais. A esse propósito, tem-se que a primeira característica intrínseca do neoconstitucionalismo e a segunda característica é corolário da primeira, à medida em que a força vinculante da Constituição implica a aplicação direta das normas constitucionais.

Essa correlação de caracteres que compõem o sistema tem sua funcio-

¹⁹ **BARROSO**, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*, p. 211.

²⁰ **STRECK**, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao Neoconstitucionalismo, in: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 260.

²¹ **ÁVILA**, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 41.

²² **DWORKIN**, Ronald. 1978, p. 24-27, in **ATIENZA**, Manuel; **MANERO**, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 23.

²³ **ALEXY**, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, p. 85-86

²⁴ **STRECK**, Lênio Luiz. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao Neoconstitucionalismo, in: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45, p. 260.

nalidade associada ao sistema de controle de constitucionalidade de normas e viabiliza a fundamentação de decisões que acolhem ou refutam determinado comando legal tendo em vista o preceito constitucional analisado em perspectiva direta.

A interpretação da lei frente à constituição se integra uma técnica de hermenêutica complexa, afetada à teoria neoconstitucionalista, concebida a partir da construção de critérios interpretativos que contemplem a apreciação de regras, valores e princípios dispostos no texto constitucional, conferindo vigência à determinada interpretação de texto legal - sujeito, por óbvio, a mais de uma interpretação - em detrimento às demais interpretações que não se coadunam com o conjunto de regras, valores e princípios constitucionais vigentes.

A jurisdição constitucional se defronta hodiernamente com a técnica interpretativa de leis conforme a constituição, oportunidade em que julga a validade e a vigência de normas condicionando seu sentido ao do entende alinhado com as regras e princípios constitucionais, observando, conforme o caso, qual preceito deva incidir, regra ou princípio.

Por fim, a teoria neoconstitucionalista tem como premissa central o argumento democrático, submetido a uma interpretação que confira limites ao poder de deliberação da maioria, em atendimento a tutela protetiva da minoria.

A tese contra majoritária encontra fundamento na concepção constitucionista de que nem tudo está à disposição da vontade das maiorias²⁵, sendo possível encontrar nas experiências totalitárias alemã e italiana da primeira metade do século XX, a razão de existência do preceito.

4. PÓS-POSITIVISMO: FRONTEIRA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O pensamento jurídico contemporâneo hauriu grandes lições dos movimentos políticos que precederam a ascensão dos regimes totalitários na primeira metade do século XX e que resultaram na deflagração da Segunda Guerra Mundial.

²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p. 102.

Foi, por exemplo, sob a vigência da Constituição de Weimar que ascendeu o Terceiro Reich, dando azo a um conjunto de violações de direitos humanos e de liberdades individuais, sob o império da lei.

As narrativas oficiais dos nazistas julgados pelo Tribunal de Nuremberg evidenciaram que o conteúdo normativo em vigor não se coadunava com princípios caros à humanidade, como a dignidade da pessoa humana, vida, liberdade e propriedade.

Isto serviu bem para que os questionamentos gestados nas escolas jurídicas de pensamento progressista se posicionassem no sentido de reconhecer a ordem legal e social com base em princípios humanísticos e comunitários²⁶, com destaque para a atuação da denominada Escola de Frankfurt e sua formulação em torno da Teoria Crítica do Direito, inspirando a produção de pensamento acadêmico que denunciava o Direito como instância de poder e instrumento de dominação²⁷.

É oportuno lembrar a formulação e difusão do pós-positivismo ganhou massa crítica relevante no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988, marco temporal e lógico que possibilitou uma inflexão no modelo institucional, recebendo grandes contribuições na literatura jurídica.

Neste sentido, é de se registrar os avanços havidos em virtude do alinhamento mais estrito da Suprema Corte aos métodos de interpretação de normas propugnados pelo constitucionalismo moderno, consubstanciados na reaproximação entre a ética e Direito - denominada virada kantiana²⁸ - e no reconhecimento da normatividade dos princípios expressos ou não no texto constitucional²⁹, com o escopo de condensar valores, dar unidade ao sistema jurídico e condicionar a atividade do intérprete³⁰.

²⁶ Robert L. Hayman e Nancy Levit, *Jurisprudence: contemporary readings, problems and narratives*, 1994, p. 215. In: **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 317.

²⁷ **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 318.

²⁸ **HÖFFE**, Otfried. *Kategorische Rechtsprinzipien. Ein Kontrapunkt der Moderne*. In: TORRES, Ricardo Lobo. *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. In: **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 328

²⁹ **HABERMAS**, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1, Trad. Flávio Beno Siebenleicher - Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 303

³⁰ **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010, p. 329.

O aperfeiçoamento da teoria clássica da incidência/não incidência de regras sobre o conteúdo fático³¹ por meio da distinção entre regra e princípio³², ponderação e balizamento de princípios³³ e o que se denomina filtragem constitucional³⁴, conferiu um protagonismo sem precedentes ao Supremo Tribunal Federal, ensejando uma releitura abrangente de temas caros a sociedade brasileira, merecendo registro os relacionados a princípios da dignidade da pessoa humana³⁵ e princípio da razoabilidade, este frequentemente evocado em soluções de controle da discricionariedade legislativa e administrativa³⁶.

Há, no entanto, muito por avançar no aprimoramento da dogmática aplicada a interpretação constitucional, especialmente diante das dificuldades próprias do processo legislativo e seu resultado que se consubstancia nas normas em sentido estrito.

Os contornos materiais da regra podem admitir conteúdos abertos, indeterminados ou flexíveis, outorgando ao exegeta uma amplitude interpretativa que se assemelha à das normas-princípios, a possibilitar que em algumas situações uma regra excepcione a aplicação de um princípio, bem como o oposto, que o princípio excepcione a incidência de uma regra³⁷.

Trata-se de tema de grande complexidade e que demanda alguma baliza de subjetividade que viabilize a observância do princípio da segurança jurídica no ordenamento jurídico.

Noutro sentido, o constitucionalismo moderno ao reconhecer a normatividade do conjunto de princípios sedimentados, explícita ou implicitamente, no texto constitucional, impõe ao ordenamento jurídico o que José Gomes Canoti-

³¹ **PONTES DE MIRANDA**, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999, p. 15.

³² **DWORKIN**, Ronald. *Taking rights seriously* Cambridge, Harvard University Press, 1997.

³³ **ALEXY**, Robert. *Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática de direitos fundamentais*, mimeografia, palestra no Rio de Janeiro 11-12-1998, in: **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2010, p. 332.

³⁴ **CANOTILHO**, J.J. Gomes & **MOREIRA**, Vidal, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra ed, 1991, p. 45.

³⁵ **STF**, HC 71.373-RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio, RTJ 165:902, j 10-11-1994 – Investigação de Paternidade – Exame de DNA. **STF**, ADPF 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12-4-2012(ADPF-54). **STF**, ADI 4277/RJ, rel. Min Ayres Britto, 05-11-2011

³⁶ **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2010, p. 335.

³⁷ **BARROSO**, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2010, p. 333.

lho denomina filtragem constitucional³⁸, mecanismo que promove uma releitura ampla das normas infraconstitucionais.

Sob essa ótica, o novel processo de interpretação constitucional há que observar a formulação de regras de transição na eventual modificação de entendimentos nos tribunais – denominada *prospective overruling* – que deve ser mais ampla do que a hipótese descrita na lei 11.417/2016 que trata da revisão ou cancelamento de súmulas pelo STF, de modo a que o princípio da segurança no sistema jurídico brasileiro confira o necessário grau de previsibilidade a sociedade.

A jurisdição constitucional brasileira ainda há de enfrentar um sem número de temas à busca de manifestação.

Uma democracia ainda adolescente como a brasileira tem uma miríade de matérias pendentes de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, que se manifesta por meio do ativismo judicial sobre temas caros à sociedade, mas sem a necessária normatização do Poder Legislativo.

Sem a pretensão de exaurir as possibilidades e os aspectos que consubstanciam a fronteira de atuação do moderno constitucionalismo, certo é que a inovação teórica havida nesta quadra ainda tem muitos frutos e desafios no porvir, motivo pelo qual a produção acadêmica em torno do tema não tem a perspectiva se esgotar diante de tão profundas e extensas as demandas por construções teóricas.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente ensaio expôs, sinteticamente, os contornos teóricos do pós-positivismo constitucional, contextualizando as razões que justificam seus caracteres fundantes, sem, por óbvio, ter a pretensão de esgotar tão vasta e densa que é o tema.

A bem da verdade, o neoconstitucionalismo é uma obra em construção, ainda padecendo das contradições e dicotomias conceituais derivadas da transição do sistema jurídico positivo para o que propugnam os doutrinadores pós-positivistas.

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vidal, Fundamentos da Constituição, Coimbra: Coimbra ed, 1991, p. 45.

A hermenêutica jurídica propugnada pelos autores é tema de grande interesse para o desenvolvimento de trabalhos técnicos, ante a complexidade de conjugação de normas-regra e normas-princípio na solução de questões concretas frente o texto constitucional, sempre se tendo em vista que o desenvolvimento teórico em torno da matéria não prescinde da análise empírica dos julgados no bojo do processo de jurisdição constitucional.

Várias são as veredas possíveis, diversas são as direções a seguir nas digressões em torno do neoconstitucionalismo. Interessa, por exemplo, compreender o processo histórico que emulou a convergência de práticas judiciais do constitucionalismo do *civil law* em direção a características do direito constitucional próprias do sistema do *common law*. Ou, ainda, o debate em torno dos limites de incidência e validade de normas regra dotadas de conteúdos abertos vis a vis princípios constitucionais.

O tema aqui, por óbvio, não se esgota.

5. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

ALEXY, Robert. *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*.

BARROSO, Luis Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, 7ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva. 2010

BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. (trad. Rafael de Assis y Andrea Greppi). Madrid: Editorial Debate, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes & MOREIRA, Vidal, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra ed, 1991.

DWORKIN, Ronald. 1978, p. 24-27, in ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 2004.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003.

GUASTINI, Ricardo. “*La constitucionalización del ordenamiento jurídico*”. In: *Neoconstitucionalismo(s): Edición de Miguel Carbonell*. Espanha: Editorial Trotta, 2003.

HABERMAS, Jürgen, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v.1, Trad. Flávio Beno Siebenleicher – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, tomo I. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. 1ª ed. Campinas: Bookseller, 1999

PRIETO SANCHIS, Luis. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. *A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao Neoconstitucionalismo*, in: Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 40, n. 45.

EFEITOS DAS POLÍTICAS DE COTAS RACIAIS COMO EFETIVAÇÃO DA JUSTIÇA

Laíss Targino Casullo de Araújo³⁹
José da Silva Mamede⁴⁰

RESUMO

O presente trabalho busca promover uma reflexão acerca do consagrado princípio da igualdade enquanto direito fundamental do homem e se este se faz presente na sociedade apenas de modo formal. Nesse cenário, abrange uma discussão acerca dos grupos de indivíduos historicamente menos favorecidos e do papel do Estado em promover uma justiça garantidora da equidade de oportunidades e participação social de cada cidadão, tendo em vista sua diversidade. Assim, abrange o conceito de políticas afirmativas, seu histórico, objetivo e trata com especial enfoque sobre o sistema de cotas raciais adotado como critério de ingresso de alunos nas instituições de ensino superior do Brasil; explicando ainda como tal medida se comporta no processo de mitigação da discriminação. Aborda também uma análise detalhada acerca da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 186, que visou tornar ilegítimo o critério de seleção; trazendo, por fim, um estudo comparado sobre os efeitos dessa política e as prováveis consequências fáticas da suspensão de sua utilização.

Palavras-chave: Políticas Afirmativas. Cotas. Racismo.

ABSTRACT

The present work seeks to promote a reflection on doing consecrated principle of CEBI as fundamental right and if this man to do so if this in society only formally. In this scenario, covers a discussion on the historically disadvantaged groups and make the State role in promoting justice guarantor of fairness of opportunity and social participation of each citizen, with a view to its diversity. So, it covers the concept of affirmative policies, its history, purpose and comes with special focus on the racial quota system adopted as a criterion for FTA categoria of students in higher education institutions of Brazil; explaining how it behaves any process of discrimination. Also addresses a detailed analysis of the action of breach of Fundamental precept 186, aimed to make unlawful the selection criteria; bringing, finally, a comparative study on the effects of that policy, and as proba-

³⁹ Advogada, pós-graduanda em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Endereço: SQSW 305, bloco J, apto 202, Sudoeste, Brasília/DF. E-mail: laisscasullo@hotmail.com

⁴⁰ Advogado, pós-graduando em Prática Processual nos Tribunais pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Endereço: Núcleo rural, Córrego do Torto, trecho 02, Chácara 03, Lago Norte. E-mail: mamedeadvogado@gmail.com

ble consequences of the suspension of its factual poster.

Keywords: Affirmative Policies. Dimensions. Racism.

1. INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Lei 3.353 declarou a extinção da escravidão no ano de 1888 por motivos mais econômicos do que sociais. Contudo, não se evidenciou, por parte do poder público, qualquer medida positiva no sentido de receber os escravos libertos de forma a integrá-los na sociedade.

É inegável que, mesmo após um lapso temporal relevante, a situação do afrodescendente no nosso país ainda represente um grupo de pessoas marginalizadas e muito aquém das oportunidades socioeconômicas as quais gozam os demais brasileiros de outras etnias.

Não há como ingenuamente acreditar em uma democracia racial quando, segundo dados do IBGE no Censo de 2010, evidencia-se que apesar de 47,7% da população nacional é composta por negros e pardos, mas a renda que esses possuem representa metade da dos brancos. Ainda que esses detenham as piores posições sociais, tenham uma taxa de mortalidade mais elevada, menor expectativa de vida e constituam a grande maioria da nossa população prisional. Como se não bastasse, o Censo Demográfico ainda apontou grande diferença no acesso a níveis de ensino, vez que no grupo de pessoas de 15 a 24 anos que frequentava o nível superior, 31,1% dos estudantes eram brancos, enquanto apenas 12,8% eram pretos e 13,4% pardos⁴¹.

Tal realidade não coaduna com um objetivo fundamental da nossa nação, qual seja a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, presente no artigo 3º da Constituição Federal. Assim sendo, questiona-se se o Estado vem cumprindo seu papel de promover a igualdade social e coibir, de forma efetiva, todas as formas de discriminação.

À luz dos ideais humanistas e tendo em vista o princípio da isonomia,

⁴¹ Censo 2010 mostra as características da população brasileira. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/07/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 22 de out. de 2015.

aborda-se no presente trabalho o papel estatal enquanto interventor ao promover políticas afirmativas objetivando a concretização da igualdade, com especial enfoque no sistema de cotas raciais no âmbito educacional.

2. HUMANISMO E IGUALDADE

O humanismo, com vários significados conforme orientação do Professor Ayres Britto¹, “é vocábulo plurissignificativo. Polissêmico”. Verbetes tem origem no grego e no latim, com significado que não se restringe a apenas uma característica e que se tem na vertente pelas ciências “humanas” como um gênero na divisão dos cursos de nível superior².

Consiste, portanto, num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira³. Ou seja, são as construções de valores ao longo da história, através de gestos e comportamentos que exaltam o gênero humano. O professor Ayres Britto, em seu livro “O humanismo como categoria Constitucional”, explora a evolução histórica que permite, por meio dessa concepção sobre o mecanismo de humanidade, entendemos o que seja humanismo⁴.

Fábio Konder Comparato preleciona que essa altissonante dignidade do ser humano está presente na *Magna Charta Libertatum* dos ingleses de 1215, e com explicitude passa a figurar nas modernas declarações constitucionais de direitos, numa espécie de *viagem civilizatória sem volta*. Isto ainda a partir da própria Inglaterra, sobretudo com a *Petition of Right*, de 1628, a *Lei de Habeas Corpus*, de 1679, e o Ato de estabelecimento, de 12 de junho de 1701, assim como das emblemáticas declarações de direitos das revoluções liberais que se deram nos Estados Unidos da América e na França. Aqui, tendo por *linha de partida* a famosa “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 26 de agosto de

¹ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria Constitucional**. 1.ed. 1ª reim. Belo Horizonte: Fórum, p. 15.

² BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria Constitucional**. Ed. 1. 1ª reim. Belo Horizonte. Ed. Fórum. p. 16.

³ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria Constitucional**. Ed. 1. 1ª reim. Belo Horizonte. Ed. Fórum. p. 16.

⁴ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria Constitucional**. Ed. 1. 1ª reim. Belo Horizonte. Ed. Fórum. p. 21.

1789, ali, a menos conhecida, porém igualmente meritória “declaração de Direitos de Virgínia”, datada de 16 de junho de 1776⁵.

Com essa evolução histórica, o mesmo autor afirmar ainda que o humanismo é a junção da unicidade do homem com o objetivo do bem-estar social, no rol dos direitos fundamentais da pessoa humana percorrendo por garantias elementares como os segmentos sociais historicamente discriminados. Cita quanto à titularidade dos direitos humanos, que para deter esse direito ou garantia basta existir, ou seja, não se faz necessário qualquer outro atributo a figura da pessoa. Logo, faz parte da própria natureza humana, como parte dos direitos universais. Assim, através da evolução do pensamento humano e com consolidação nas constituições, chega-se ao reconhecimento universal da dignidade da pessoa humana.

Quanto à igualdade, não há como falar sem necessariamente discutir princípios, o gênero do assunto em questão. Os princípios estão na ordem do dia do constitucionalismo contemporâneo, encontrando-se no centro das discussões da filosofia do Direito, de modo que cabe trazer a definição de princípio por Celso Antônio Bandeira de Melo⁶:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Portanto, princípios têm como objetivos primordiais o bem-estar geral da comunidade e a melhoria econômica, política e social⁷. Na constituição de 1988,

⁵ COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 15 de set. de 2015.

⁶ BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade** – 3. Ed - Malheiros Editores, 2003.

⁷ ARALDI JÚNIOR, João Irineu. **O Princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, nº 82, nov 2010. Disponível

o princípio da isonomia fora contemplado nos artigos 3º, III, 5º, I, 150, II e 226, § 5º; mas bastaria o caput do art.5º, da Carta Magna, para consagrar o princípio da igualdade.

A igualdade, por sua vez, é abordada em nosso sistema jurídico em duas acepções: a material e a formal. A formal trata da igualdade positivada na CF de 1988, a qual possui força normativa, como por exemplo o artigo 5ª da Constituição, que todos os cidadãos brasileiros, homens e mulheres, negros e brancos, são iguais perante à lei. Mas, a igualdade formal não garante que todos os brasileiros tenham as mesmas oportunidades, as mesmas condições de vida, ou seja, não garante que a igualdade seja efetivamente posta em prática⁸.

Já quanto à igualdade material, cumpre destacar que surge da necessidade de colocar em prática e complementar a igualdade formal, proporcionando aos cidadãos a garantia que o Estado é um órgão para efetivar a isonomia proibindo aos administrados desigualações injustas⁹.

A Igualdade é, porquanto, um conceito que está sendo construído como a finalidade de garantir um tratamento igualitário de todos os cidadãos da sociedade. Sendo a isonomia um princípio inalienável e imprescritível para o nosso sistema jurídico¹⁰.

3. JUSTIÇA COMO EQUIDADE

Considerando a sociedade como um sistema equitativo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, John Rawls, ao buscar uma justiça com papel de promover a equidade, retoma a ideia de contrato social e formula que os termos de cooperação sejam livres de concepções política, filosófica, econômica

em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=8414>. Acessado em: out. de 2015.

⁸ FVG DIREITO RIO. **Igualdade formal v. igualdade material**. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Igualdade_Formal_v._Igualdade_Material>. Acessado em: 8 de out. de 2015.

⁹ SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O princípio da igualdade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=7039>. Acessado em: 8 de out. de 2015.

¹⁰ SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O princípio da igualdade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=7039>. Acessado em: 8 de out. de 2015.

ou social. Preconiza a necessidade de abstenção de parâmetros característicos do indivíduo, como raça, posição social, sexo ou qualquer outra forma de privilégio, levando à ideia da escolha de condutas e de formulação de acordos sem interferências de concepções externas e possibilitando a formulação de termos realmente equitativos de cooperação social¹¹.

É o que o filósofo norte-americano chama de posição original com traços do “véu da ignorância” (uma espécie de desconhecimento mútuo das partes “contratantes”) que permite ao indivíduo não escolher determinado posicionamento consciente de suas vantagens. Tal ignorância possibilita escolhas de um termo equitativo que vise a cooperação social sem privilégios e em prol de um benefício comum, uma vez que não há diferenciação dos interesses pessoais e dos coletivos. Acredita assim garantir a construção de uma sociedade justa através da posição original, presente desde o momento da concepção da sua estrutura básica até a uma posterior formulação de concepções de justiça.

Para John Rawls a justiça como equidade pode ser traduzida em dois princípios que se expressam da seguinte forma:

- a) o direito igual de um sistema adequado às liberdades fundamentais iguais que sejam compatíveis com um sistema similar de liberdade para todos;
- b) que as desigualdades sociais e econômicas satisfaçam às condições de estarem vinculadas a cargos e posições abertos a todos em mesmas oportunidades e que devam redundar no maior benefício possível para os menos privilegiados da sociedade¹².

Logo, considerando os cidadãos como pessoas plurais com concepções do bem diferentes e incomensuráveis, o filósofo conceitua a noção de justiça como equidade na ideia de uma unidade da cooperação social sob uma concepção pública de justiça que assegure as liberdades fundamentais em uma sociedade de união social e que possa coordenar os benefícios da diversidade humana num bem mais abrangente.

¹¹ RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. São Paulo. Ed. Ática. 2000.

¹² RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. São Paulo. Ed. Ática. 2000.

4. AÇÃO AFIRMATIVA

Após breves considerações acerca dos conceitos de humanismo e de igualdade, conclui-se que no humanismo o homem é o sujeito de direitos, com a finalidade de habitat, em sociedade e contribuindo com a concretização do bem-estar social. Já a igualdade, por sua vez, é compreendida como princípio basilar de uma democracia, empregando-se conceitos para a efetividade desse direito fundamental. Assim, observa-se nas ações afirmativa uma forma governamental de instrumentalizar as políticas voltadas em torno do princípio da igualdade.

Na definição de Joaquim Barbosa, entende-se por ação afirmativa¹³ como um conjunto de políticas públicas e privadas, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero e de origem nacional, bem como para corrigir os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva idade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego.

Para Ronald Dworkin a ação afirmativa tem tanto o condão de mitigar desigualdades histórico-sociais, quanto promover a redistribuição equânime das garantias fundamentais. Contudo, para entender melhor essa evolução conceitual acerca das ações afirmativas deve-se compreender o que seja justiça social, que divide-se em distributiva e compensatória¹⁴.

A justiça compensatória é a adoção de políticas com a finalidade de corrigir os efeitos perversos da discriminação ao longo da história por grupos sociais marginalizados, tendo como resultado uma reparação ou compensação pela a injustiça cometida no passado aos antepassados das pessoas pertencentes a esses grupos sociais¹⁵. Portanto, a justiça compensatória teria a finalidade de equilíbrio entre os autores envolvidos.

Já a justiça distributiva ocorre da necessidade de se promover a redistribuição equânime dos ônus direitos, vantagens, riqueza e outros importantes

¹³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.40.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

¹⁵ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 62.

bens e benefícios entre membros da sociedade. Não se entende justo que grupos sociais, tais como negros e mulheres, sejam fadados ao longo de suas vidas a sempre ocuparem posições inferiores na sociedade. Portanto, só pelo fato de um humano nascer ele tenha o direito a igualdade, ou seja, os seres humanos são iguais ao nascerem e tem o direito de reivindicar¹⁶.

O filósofo norte-americano pretende resgatar o ideal da igualdade distributiva como a verdadeira concretização da justiça, considerando a igualdade de consideração como uma virtude soberana das comunidades políticas sem a qual o governo não passa de uma tirania. E lembra ainda que¹⁷:

O ideal abstrato da igualdade não implica necessariamente tratamento idêntico em todas as situações, mas sim o direito de ser tratado *como um igual* (“*as an equal*”), ou seja, com o mesmo respeito e consideração que todos os demais.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas são um conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado, diretamente ou indiretamente, com a participação de entes públicos ou privados, que visam assegurar determinado direito de cidadania, de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural, étnico ou econômico. Correspondem a direitos assegurados constitucionalmente ou que se afirmam graças ao reconhecimento por parte da sociedade e/ou pelos poderes públicos enquanto novos direitos das pessoas, comunidades, coisas ou outros bens materiais ou imateriais. Assim, políticas públicas¹⁸ são a totalidade de ações, metas e planos que os governos (nacionais, estaduais ou municipais) traçam para alcançar o bem-estar da sociedade e o interesse público.

Têm como objetivo principal a promoção da igualdade e demais garantias

¹⁶ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 66.

¹⁷ FERRAZ, Octávio Luiz Mota. **Justiça distributiva para formiga e cigarras**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013>. Acesso em: 26 de out. de 2015.

¹⁸ Políticas Públicas: **conceitos e práticas**. supervisão por Brenner Lopes e Jefferson Ney Amaral; coordenação de Ricardo Wahrendorff Caldas – Belo Horizonte : Sebrae/MG, 2008. p. 5.

fundamentais, não apenas no limite da normatização. Pois, é preciso promover os princípios da diversidade e do pluralismo, com o fim de promover a transformação no comportamento e na mentalidade dos membros da sociedade. Essa promoção da igualdade de oportunidade, almejado como foco, induz transformações de cunho cultural e pedagógico, apta a subtrair da mentalidade cultural de subordinação de uma raça em relação a outra, ou, do homem em relação a mulher, entre outras formas. Assim, de um lado tem-se o reconhecimento das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação e, do outro, vê-se um intuito de implementação do pluralismo e da diversidade.

As ações afirmativas, através das políticas públicas, logo, pretendem não apenas coibir a discriminação do presente; mas eliminar os efeitos persistentes de qualquer tipo de desigualdade desigualdades sociais entre grupos dominantes e marginalizados¹⁹.

5.1. POLÍTICAS DE COMBATE À DISCRIMINAÇÃO

As políticas de afirmação nasceram da iniciativa do Poder Executivo federal e disseminaram-se por todas as esferas dos níveis de governo, chegando, posteriormente, ao setor privado. Também foram adotadas pelo Poder Judiciário como instrumento de solução de conflitos por causa do princípio da isonomia.

Questiona-se se o Estado deve permitir que os particulares tomem a si a iniciativa de corrigir as injustiças e discriminações do passado mediante medidas de integração e promoção de pessoas pertencentes a grupos sociais historicamente marginalizados. Em caso positivo, essas medidas são de caráter “proibitivo” ou “corretivo”, “promocional” ou “redistributivo”. E é com essa indagação que se busca uma resposta mais precisa do Estado com base na sociedade, visto que é precursora desse desequilíbrio cultural, social, econômico e educacional.

No Estado contemporâneo, muito se discute a despeito de uma dessas políticas que se dá no que concerne ao ingresso de alunos sob critério sensível racial nas instituições de ensino superior. O sistema de cotas, enquanto ação afirmativa, é uma forma de reservar vagas para determinados grupos tidos como marginalizados histórico e socialmente. Fora criado para promover o acesso aos

¹⁹ GOMES, Joaquim B. Barbosa. Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA). Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 40.

negros, índios, deficientes, estudantes de escolas públicas e de baixa renda em universidades, mas também há ocorrência de cotas em concursos públicos e até no mercado de trabalho²⁰.

Medidas de implementação de cotas raciais e/ou cotas sociais, implantadas pelo governo, são tidas para muitos como uma forma de auxílio do acesso de certos grupos desfavorecidos na concorrência mais justa com o resto da população. Enquanto para alguns é vista como positiva no sentido de redução da exclusão, é vista sob outra óptica como uma segunda forma de discriminação.

5.1.1. POLÍTICA DE MITIGAÇÃO DA DESIGUALDADE RACIAL NO BRASIL

Em que pese o Brasil ter em sua Constituição Federal diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e ser signatário de documentos como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de Discriminação Racial (desde 1965) e do Pacto de San José da Costa Rica (desde 1992), foi apenas em 1996 que o país passou a dar maior espaço às políticas de ações afirmativas com o objetivo de coibir a discriminação racial e promover a igualdade.²¹

Muito embora já houvesse discussões acerca das desigualdades raciais, da precariedade do ensino público e do raro acesso dos negros ao ensino superior, aclamadas principalmente através do Movimento Negro Brasileiro, o país, após a realização da Conferência Internacional de Durban²², que ocorreu na África do Sul, no ano de 2001, promovida pela ONU, começa a admitir a discriminação racial patente em sua sociedade e passa a reconhecer a necessidade de promover seus programas de governo com foco na identidade racial. Admitida a já evidente desigualdade, o Brasil compromete-se a reverter esse quadro e adotar políticas de ações afirmativas, dentre as quais, o sistema de cotas nas universidades.

²⁰ BRASIL. **Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

²¹ ANCHIETA, Karen. **História da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade Estadual de Londrina – UEL (2000-2005)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestredou/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ANCHIETA,%20Karen%20de%20Abreu.pdf>>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

²² ALVES, J.A. Lindgren. **A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009>. Acesso em: 26 de out. de 2015.

Karen Anchieta observa que como preparação para a realização dessa conferência o Brasil, através do Instituto de Pesquisa em Estatística Aplicada (IPEA), desenvolveu pesquisas que forneceram dados diagnósticos acerca da dimensão das desigualdades raciais no país; de modo que o Governo Federal, diante de números oficiais, não pôde mais ignorar a ampla distância entre brasileiros brancos e negros²³.

A autora ainda destaca que não havendo mais como sustentar a ideia de “democracia racial”, o Governo Federal passa a iniciar diálogos com a sociedade para propor ações com objetivo de mitigação do tema e adota uma nova postura, dando merecido espaço à questão da desigualdade racial. A inegável constatação do racismo como uma realidade que atingia todas as sociedades globais, refletindo numa grande ameaça a segurança e estabilidade dos países, proporcionou uma reflexão acerca das causas históricas, socioeconômicas e culturais do racismo, tendo como principal avanço o reconhecimento da escravidão como um crime contra a humanidade²⁴.

Criou-se então o Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCDD) no âmbito nacional, com o principal objetivo o de criar políticas públicas afirmativas de promoção da igualdade e da proteção dos direitos de indivíduos e de grupos sociais e étnicos objeto de discriminação racial, além de outras formas de intolerância. E no ano seguinte, o Programa Nacional de Ações Afirmativas com a intenção de promover a participação de negros, mulheres e portadores de deficiência na administração pública²⁵.

As discussões quanto à intolerância e a discriminação, que já ocorriam em âmbito global ganharam espaço no Brasil ao passo que alcançou a problemática acerca da precariedade do ensino público, da inexpressiva participação do negro

²³ ANCHIETA, Karen. **História da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade Estadual de Londrina – UEL (2000-2005)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ANCHIETA,%20Karen%20de%20Abreu.pdf>>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

²⁴ ANCHIETA, Karen. **História da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade Estadual de Londrina – UEL (2000-2005)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ANCHIETA,%20Karen%20de%20Abreu.pdf>>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

²⁵ ANCHIETA, Karen. **História da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade Estadual de Londrina – UEL (2000-2005)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ANCHIETA,%20Karen%20de%20Abreu.pdf>> Acesso em: 02 de out. de 2015.

nas instituições de ensino superior e em como as consequências dessa situação refletiam no aumento da desigualdade racial.

No ano de 1999 o projeto de lei nº 298/99²⁶ abre a discussão a respeito do sistema de cotas nas universidades, visando a destinação de 50% do total das vagas nas universidades públicas para estudantes com ensino fundamental e médio concluídos em escolas públicas. Mas quanto à identidade racial dos universitários, não havia registro nesse sentido até então, passando a acontecer apenas no ano 2000, com o advento de algumas políticas afirmativas relativas ao acesso do negro ao ensino superior.

A questão das cotas raciais nas universidades passa a ser mais debatida em meados de 2002, especialmente quando é criada a Universidade da Cidadania Zumbi dos Palmares, com a implantação de cursos de graduação com 45% das vagas destinadas aos afrodescendentes e 55% para outras categorias. Nessa mesma época, outras universidades posicionaram-se favoráveis e adotaram o sistema de cotas por conta própria, como a Universidade Federal da Bahia (UFBA) em 2002 e no ano seguinte a Universidade de Brasília (UNB); entendendo serem instituições públicas e gratuitas que deveriam propiciar maiores condições de acesso da população de forma heterogênea, portanto, adotando políticas afirmativas que contemplassem a equalização do ingresso de negros e brancos²⁷.

5.1.2 ANÁLISE DA ADPF 186

Universidades vanguardistas, como a UNB, adotaram o sistema de cotas raciais antes mesmo de se tornarem obrigatórias, considerando a oportunidade de ingresso de um novo perfil de alunos como possibilidade de diversificação da produção de conhecimentos. Em 2003, o Conselho de Pesquisa e Extensão (CEPE) aprovou a política afirmativa que depois fora alvo de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186) ajuizada pelo Partido Democratas (DEM), visando declarar a inconstitucionalidade da reserva de vagas

²⁶ SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei 289/99**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/40353>>. Acesso em: 24 de out. de 2015.

²⁷ ANCHIETA, Karen. **História da Implantação do Sistema de Cotas para Negros na Universidade Estadual de Londrina – UEL (2000-2005)**. Disponível em: <<http://www.uel.br/pos/mestredu/images/stories/downloads/dissertacoes/2008/2008%20-%20ANCHIETA,%20Karen%20de%20Abreu.pdf>>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

com base em critério étnico-racial (20% de cotas) no processo de seleção de estudantes²⁸.

Fora levado a questionamento perante a Suprema Corte se os programas de ação afirmativa que estabeleciam um sistema de reserva de vagas, com base em critério étnico-racial, para acesso ao ensino superior, estariam ou não em consonância com a Constituição Federal. Como argumentos da ADPF, fora posto, entre outros, o de que o Brasil tornar-se-ia um “Estado racionalizado” ou do “racismo institucionalizado”, nos moldes praticados nos Estados Unidos, África do Sul ou Ruanda. Ainda que não era necessária uma política afirmativa racialista, e que confrontava o princípio da igualdade, gerando discriminação reversa em relação aos brancos pobres e favorecendo a classe média negra.

A referida ação sustentou ainda que a UNB acabara institucionalizando um tribunal racial, vez que definição de quem seria ou não negro se dava com base em critérios pouco objetivos. E atacou a chamada Teoria da Justiça Compensatória, adotada pelos que defendem o sistema de cotas como um resgate da dívida histórica com os negros, por assim responsabilizar gerações presentes por erros cometidos no passado²⁹.

A ADPF questionou ainda a importação de modelos de políticas afirmativas de outros países, tal qual os Estados Unidos, vez que teria promovido uma verdadeira segregação racial e ainda apontou como duvidosos os dados estatísticos a respeito dos pardos, que seriam incluídos como negros quando para assegurar que representam metade da população brasileira, ora excluídos para afirmar que apenas 3% dos negros estão cursando universidades.

Por outro lado, fora colocado pelo Reitor da UNB que:

Não é possível ignorar, face à análise de abundantes dados estatísticos, que cidadãos brasileiros de cor negra partem, em sua imensa maioria, de condições sócioeconômicas muito desfavoráveis comparativamente aos de cor branca.

Logo, para ele, a proibição da discriminação havia de ser combinada com políticas que promovam a igualdade, afirmando haver um racismo ainda que

²⁸ STF. ADPF 186. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de set. de 2015.

²⁹ STF. ADPF 186. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=6984693>>. Acesso em: 29 de set. de 2015.

velado e destacando importância do sistema de cotas para a democratização do ensino superior³⁰.

Nesse mesmo sentido fora o parecer da Procuradoria Geral da República que acrescentou haver um caráter de justiça distributiva na ação afirmativa, ante à promoção do pluralismo nas instituições de ensino superior e a superação de estereótipos negativos sobre o afrodescendente, com o conseguinte fortalecimento da sua autoestima e combate ao preconceito. Seguido de manifestação da Advocacia Geral da União que, no mesmo norte, acrescentou que a reserva de vagas não far-se-ia medida excludente de outras com semelhantes finalidades.

Pois bem, salientando alguns pontos de maior relevância nos votos dessa ADPF apreciada em 2012, para fins desse estudo, destaca-se o posicionamento do relator, Ministro Ricardo Lewandowski, que tratou do duplo aspecto do princípio da igualdade, qual seja o formal e o material. Ao analisar o *caput* do artigo 5º que preconiza que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”³¹, não se atem apenas a uma isonomia formal, vez que deve ser assegurada a igualdade substancial a todos. Para ele, deve-se atentar quanto à desequiparação por razões naturais, culturais, sociais, econômicas ou até mesmo acidentais, a fim de possibilitar a verdadeira igualdade material.

Em seu entendimento, pode o Estado lançar mão de políticas de cunho universalista, abrangendo número indeterminado de indivíduos, mediante ações de natureza estrutural; seja de ações afirmativas, que atinjam grupos sociais determinados de maneira pontual, atribuindo a estes certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades. Cita ainda a ideia de “justiça distributiva” defendida por John Rawls³² quando traduz o direito à isonomia em igualdade de possibilidades, permitindo então uma intervenção estatal afim de corrigir as desigualdades fáticas em benefício da coletividade. E observa que o próprio modelo constitucional brasileiro apresenta mecanismos institucionais para corrigir distorções resultantes de uma aplicação meramente formal do princípio da igualdade.

³⁰ STE. **ADPF 186**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 29 de set. de 2015.

³¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

³² STE. **ADPF 186**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 29 de set. de 2015.

Já no tocante à análise do critério para ingresso no ensino superior, o relator pontua o art. 206, I, III, IV da CF/88 que preceitua o acesso ao ensino com base nos princípios de “igualdade de condições para acesso e permanência na escola”; “pluralismo de ideias”; e “gestão democrática do ensino público”. Mas também o artigo 208, V, balanceia com o acolhimento da meritocracia e o art. 205 que preconiza a educação a ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”; além do art. 207³³ que garante às universidades prerrogativas funcionais, como a autonomia didático-científica e administrativa, fazendo-as repousar, ainda, sobre o tripé ensino, pesquisa e extensão.

Desse modo, observa-se o entendimento apresentado pela corte de legitimidade da UNB para tal política afirmativa, evidenciando o papel integrador das universidades, uma vez que o escopo dessas instituições deve ir além da mera transmissão e produção do conhecimento. Às universidades cabe contribuir para concretização material dos objetivos maiores colimados na Constituição e ao estabelecer metodologia de seleção diferenciada, corrobora com a concretização do pluralismo de ideias e acesso à educação de forma indiscriminada, tal qual dispõe um dos fundamentos do Estado brasileiro no art. 1º, V, da Magna Carta.

Outrossim, insta salientar que o benefício transcende aquele estudante que ingressou através das cotas, posto que será proporcionado a toda a academia o convívio com o diferente, construindo-se assim um ambiente aberto à inclusão. Aliás, Lewandowski cita que esse fora o condão que pautou as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos da América nos casos em que examinou a constitucionalidade das políticas de ação afirmativa, a exemplo de *Bakke v. Regents of the University of Califórnia* (1978), *Gratz v. Bollinger* (2003) e *Grutter v. Bollinger* (2003).

Para finalizar, enfrenta a questão legal posta pelo DEM ao extrair da Carta Maior o art. 37, VIII, que consigna o seguinte “(...) a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”, por essa óptica demonstrando que reparar fatores

³³ BRASIL. Constituição Federal de 1988.

de desigualdade não é mera concessão de Estado, mas sim deveres extraídos de princípios constitucionais.

No mesmo sentido os demais Ministros da Suprema Corte acompanham o voto do relator e reconhecem a constitucionalidade da política afirmativa adotada pela UNB; destacando a disparidade econômica e o racismo presente no nosso país. O Min. Luiz Fux, ao citar as palavras de Flávia Piovesan, que magistralmente ilustraram seu voto, leciona que³⁴:

[...] na busca pela igualdade material, não é suficiente tratar o indivíduo de forma genérica, geral e abstrata, sendo necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em suas peculiaridades e particularidades. Alguns desses sujeitos exigem uma resposta específica e diferenciada, um “direito à diferença”.

Todavia, embora a inconstitucionalidade das ações tenha sido afastada de forma unânime, ressalva o Min. Gilmar Mendes em seu voto a despeito do modelo de classificação, inclusive tecendo crítica pelo fato da autodesignação racial. E questiona ainda a exclusividade do critério étnico em face de outros fatores de desigualdade como o socioeconômico, nem sempre exclusivos dos afrodescendentes. Veja³⁵:

Quer dizer, veja as dificuldades que esse modelo prepara. E isso decorre do próprio sistema de miscigenação e da dificuldade que nós temos - e é bom até que não queiramos ter um critério tão científico de identificação. Então, este é um ponto delicado, por isso que - e acredito que há um certo consenso entre os críticos desse modelo - diferentemente do sistema adotado no ProUni, aqui falta esse referencial de índole social. E se a gente olhar o que ocorre, por exemplo: quem são os moradores de favela ou dos bairros pobres? Pode ter a maioria de pessoas de cor negra, mas nós temos brancos e negros. Agora, porque contemplar apenas os ne-

³⁴ PIOVESAN, Flávia. “Ações Afirmativas: A Questão das Cotas”. In: Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Coord. Renato Ferreira. Niterói: Impetus, 2011. p. 118-119).

³⁵ STF. **ADPF 186**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 29 de set. de 2015.

gros neste caso? Claro, nós temos a discussão sobre o modelo da escola pública, que é um referencial, que talvez seja até uma forma de, por figura de linguagem, entender que as pessoas que hoje frequentam, tendo em vista essa distorção brasileira, as escolas públicas são, em princípio, pessoas pobres. Por isso, acabou-se adotando aqui um critério racial - matéria que será objeto, inclusive, do debate que vai se seguir naquele recurso extraordinário.

Pontua logo a necessidade de atentar quanto aos casos excepcionais que podem acarretar numa distorção tanto para pessoas negras que estudaram em escolas privadas, quanto para pessoas brancas que não tiveram ensino de qualidade. De modo a enfatizar a urgência da adoção de critérios mais objetivos e que levem em conta também o referencial social. Todavia, reconhece esse ser um projeto pioneiro suscetível a aperfeiçoamentos.

Por fim, as políticas de ação afirmativa adotadas pela UNB foram consideradas pelo STF como compatíveis com o princípio da dignidade humana, constitucionais ao imprimir o objetivo de estabelecer ambiente acadêmico plural e diversificado, superando distorções sociais historicamente consolidadas. Entendidas assim como proporcionais e razoáveis no tocante aos meios empregados e aos fins perseguidos.

6. ANÁLISE DE RONALD DWORKIN SOBRE OS EFEITOS DO SISTEMA DE COTAS

A crítica de Ronald Dworkin citada por Ura Lobato Martins demonstra que após mais de trinta anos de ação afirmativa das cotas nas universidades do Texas, fora apresentado o estudo *The Shape of The River* (A forma do rio) de Willian G. Bowen e Derex Box, com dados estatísticos abrangentes acerca das consequências reais da aplicação desse sistema. O filósofo de direito norte-americano Ronald Dworkin passou a analisar de forma crítica o resultado dessa experiência à luz das esferas educacional, estatal e jurídica³⁶.

³⁶ MARTINS, Ura Lobato. Análise crítica sobre o entendimento de Ronald Dworkin sobre “ação afirmativa: funciona?”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9565>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

O exame tem relevância, uma vez que possui em sua base de dados informações sobre mais de 80.000 graduados que se matricularam em 28 Faculdades e Universidades seletas em 1951, 1976 e 1989. Mas Dworkin não ignora as limitações, sobretudo relacionadas a dois aspectos: a questão principiológica, já que possivelmente as ações afirmativas violariam o direito de candidatos de serem julgados por méritos individuais e a provável estigmatização ao considerar negros inferiores. Mas aborda também uma das maiores defesas das ações afirmativas, que é a dos seus efeitos ao longo do tempo no sentido de erradicar ou diminuir o impacto da discriminação racial.

Afirma ainda, com razão, que as críticas contra o sistema de admissão sensível à raça respaldam-se em dados superficiais, baseados em meras notícias e relatos introspectivos, daí a importância do estudo *The Shape of the River* elevando o padrão da argumentação. O mencionado estudo, descrito posteriormente por Ura Lobato Martins³⁷, aponta que as faculdades mais exigentes tiveram êxito na formação de alunos cotistas os quais alcançaram sucesso em sua profissão. Aliás, o quadro comparativo abaixo ilustra os resultados obtidos através das conclusões desse estudo:

Quadro 1 – Conclusões após avaliação da política racial

QUESTÕES	DADOS ESTATÍSTICOS	RESULTADO
A ação afirmativa aceita negros desqualificados?	<p>1989: mais de 75% dos candidatos negros das escolas tiveram notas mais altas em matemática e mais de 73% dos negros tiveram notas orais mais altas do que a média nacional dos brancos. (no exame SAT)</p> <p>1989: a média das notas dos negros matriculados nas escolas mais exigentes foi mais alta do que a média de todos os matriculados nessas instituições no ano de 1961. (no exame SAT)</p>	<p>O êxito profissional dos negros formados nas escolas C&B refuta a hipótese de que os negros eram desqualificados para a formação.</p> <p>A eliminação da ação afirmativa reduzirá o número de negros que frequentam faculdades seletas, mas não aumentaria as notas médias dos que já a frequentam.</p>

³⁷ MARTINS, Ura Lobato. Análise crítica sobre o entendimento de Ronald Dworkin sobre “ação afirmativa: funciona?”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9565>. Acesso em: 08 de set. de 2015.

<p>A ação afirmativa produziu mais empresários, profissionais liberais e líderes comunitários negros bem-sucedidos?</p>	<p>1976: Negros formados nas 28 escolas da C&B encontraram empregos com remuneração inferior aos colegas brancos com mesmas notas nos exames ou cursos profissionalizantes. Negros formados na C&B ganham mais do que os demais negros com nível superior.</p>	<p>Persistência do racismo: salário inferior aos negros com mesma qualificação dos brancos. Política de admissão beneficia os negros: vantagens em termos de renda. Êxito com relação aos negros executivos, advogados, médicos e professores que a ação ajudou a produzir.</p>
<p>A diversidade racial dos alunos ajuda a acabar com os estereótipos/hostilidade e, caso aconteça, essa vantagem continua na vida pós-universitária? Ou será que a preferência racial gera animosidade no campus e um retrocesso que aumenta a tensão racial geral na comunidade?</p>	<p>1976: 45% dos brancos acharam importante conhecer pessoas de crenças diferentes. 43% acharam importante conhecer pessoas de outras raças. 74% dos negros acharam importante conhecer pessoas de outras raças, sendo que somente 42% acharam importante conhecer pessoas de crenças diferentes. 1989: aumentou o número de negros e brancos que acharam importante as relações sociais, sendo que 2% dos negros e 13% dos brancos.</p>	<p>Em 1989 os alunos tornaram-se mais conscientes da importância da interação racial.</p>
<p>A ação afirmativa prejudica os negros porque os insulta ou constrange?</p>	<p>A maioria dos negros concorda com as políticas sensíveis à raça.</p>	<p>Entendem a ação afirmativa como benéfica, contribuindo para o aumento de sua renda e demais benefícios.</p>

FONTE: Adaptado do estudo *The Shape of The Rive*³⁸

O quadro demonstra que as ações afirmativas analisadas em todas as suas faces, têm danos relativamente pequenos aos candidatos não preferenciais; isto porque ainda que não fosse utilizada, a probabilidade de serem admitidos candidatos brancos aumentaria apenas de 25% para 26,5%.

Lembra ainda sobre o caráter integrador que deve conter nas instituições de ensino superior, até mesmo no que diz respeito às universidades particulares, pois que apesar de não serem financiadas por verbas públicas, seus doadores recebem deduções tributárias, logo havendo participação de verba pública mesmo que de modo indireto. Portanto, devendo essas universidades também arcar com a responsabilidade de escolher metas em benefício da comunidade como um todo.

³⁸ MARTINS, Ura Lobato. Análise crítica sobre o entendimento de Ronald Dworkin sobre “ação afirmativa: funciona?”. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9565>. Acesso em: 08 de set. de 2015.

No mesmo sentido, o quadro enfatiza a necessidade de buscar uma pluralidade no âmbito acadêmico, demonstrando que turmas heterogêneas estarão mais preparadas para um mercado diversificado; além de significar uma melhor distribuição do ensino superior para toda diversidade estudantil, contribuindo com a busca por uma justiça social.

O autor ainda assevera o sucesso da ação afirmativa que nem viola direitos individuais, tampouco compromete qualquer princípio moral. Considerando sim as exceções prejudicadas, ou seja, candidatos brancos decepcionados e negros bem-sucedidos que se ofendem; observa-se que toda ação tem um reflexo e seria mais alto ainda o preço moral e prático da proibição da ação afirmativa ora em análise, sendo, portanto, um erro maior a sua proibição.

Claramente o posicionamento de Dworkin é o de que a ação afirmativa das cotas é adequada e eficaz para o fim ao qual se propõe, sobretudo após fundamentação científica ante ao estudo apresentado. Rebate veemente qualquer argumento de que tal medida nivela por baixo as universidades, pois os números comprovam que não houve prejuízo e que a não utilização do sistema apenas diminuiria a participação dos negros nas universidades, não aumentando as notas médias dos que já a frequentam. Ou seja, não houve prejuízo para a educação.

Por outro lado, constatou o estudo *The Shape of the River* que muitos negros aumentaram sua renda, apresentando benefícios também em outros aspectos, como a admissão com neutralidade racial teria diminuído entre 50 a 75% o número de negros nas escolas da C&B. Cabe frisar, todavia, que a ação afirmativa carece, obviamente, de outros fatores que deverão contribuir para essa redemocratização racial, pois mesmo os negros que se graduaram e conseguiram empregos remunerados, ainda recebem valores inferiores se comparados com os brancos que exercem a mesma função. A desigualdade racial ainda é patente e merece ser trabalhada além do aspecto educacional.

Quanto à concepção compensatória apresentada por alguns como justificção das políticas de admissões sensíveis à raça, Dworkin não concorda. Para ele não há que se falar em dívida ou gratidão, mas apenas ser legítimo o objetivo das universidades de tentar aumentar a diversidade, a justiça social e a estabilidade. Devendo ser adotados também outros incentivos financeiros, subsídios e programas de apoio ao negro; pois que não basta apenas ingressar na instituição para que essa ação afirmativa logre êxito.

Portanto, para Dworkin, após análise do estudo apresentado, ficou mais que comprovado o efeito positivo da ação afirmativa nas universidades dos EUA, podendo ser analisada com fundamentos científicos que demonstraram a eficácia dos programas de admissão sensíveis à raça. Evitando ser radical, não nega o autor os possíveis prejuízos dessa medida, todavia, ao ponderar, observa que não geram danos educacionais maiores que os que aconteceriam com a eliminação da ação afirmativa, que iria apenas reduzir o número de negros que frequentam faculdades seletas, sem aumentar as notas médias dos que já frequentam a faculdade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que os princípios constitucionais da igualdade em face das políticas afirmativas e sua necessária aplicação social na busca pela concretização de uma justiça material não podem ser usados de forma abstrata, vez que sua utilização exclusiva acarretaria injustiças por desconsiderar as diferenças.

Ao abordar as políticas afirmativas das cotas raciais nas universidades evidenciou-se que critérios apenas objetivos de seleção alunos, empregados de forma linear em sociedades tradicionalmente marcadas por desigualdades interpessoais profundas, acabariam consolidando distorções já existentes e perpetuando a concentração de privilégios. Logo, a adoção de políticas que levam à superação de uma perspectiva meramente formal do princípio da isonomia integra o próprio cerne do conceito de democracia, objetivando uma distribuição de recursos públicos mais justa.

Muitas são as críticas a despeito dos efeitos danosos do sistema, todavia, é inegável a necessidade da adoção de estratégias para solucionar o problema da exclusão racial ante uma desigualdade fática. Assim, o ataque crítico é superado pelo estudo americano *The Shape of The River* que evidenciou cientificamente que após 30 anos de política de admissões sensíveis à raça nas universidades, os danos da sua eliminação seriam maiores do que a sua continuidade.

O estudo comparado lecionou ainda que apenas tal medida não se faz de todo suficiente, não bastando viabilizar o ingresso dos negros na universidade, não significando automaticamente um êxito profissional. Ficou clara a necessidade de outros subsídios, demais ações afirmativas de admissão no mercado de

trabalho e em outros setores da vida em sociedade; posto que o fator educacional, embora de extrema relevância, não imprime todo o viés de uma discriminação racial generalizada.

É preciso então que haja uma conjugação de fatores para promover uma maior inserção do negro na sociedade, como cidadão ativo. Inclusive, que se faça um estudo no Brasil similar ao americano, adaptando-o à nossa realidade e características peculiares; com a finalidade de averiguar se a ação afirmativa que está sendo adotada por alguns setores sociais e instituições estão sendo adequadas e eficazes para o fim que se propõe.

Por fim, destaca-se o papel do Estado e de todas as instituições educacionais de contribuir para concretização material dos objetivos maiores colimados na Constituição, provendo o acesso à educação de forma indiscriminada e a formação de profissionais, acima de tudo, com competência técnica e humanística, preservando valores éticos de liberdade, igualdade e justiça. Logo, se fazendo coerente a adoção de políticas públicas nesse sentido e em caráter transitório.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFIA

ALVES, J.A. Lindgren. **A Conferência de Durban contra o Racismo e a responsabilidade de todos**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-73292002000200009>. Acesso em: 26 de out. de 2015.

ARALDI JÚNIOR, João Irineu. **O Princípio da igualdade como expressão dos direitos fundamentais do cidadão**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, nº 82, nov 2010. Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=8414>. Acesso em 02 DE out. de 2015.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade** – 3. Ed - Malheiros Editores, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

BRASIL. **Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

BRASIL. **Censo 2010 mostra as características da população brasileira**. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/educacao/2012/07/censo-2010-mostra-as-diferencas-entre-caracteristicas-gerais-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 22 de out. de 2015.

BARZOTTO, Luis. **Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/artigos/ART_LUIS.htm#III>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria Constitucional.** Ed. 1. 1ª reim. Belo Horizonte. Ed. Fórum.

CALDAS, Ricardo Wahrendorff. **Políticas Públicas: conceitos e práticas.** Belo Horizonte: Sebrae/MG, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos Direitos Humanos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/a_pdf/comparato_fundamentos_dh.pdf>. Acesso em: 02 de out. de 2015.

Declaração e Programa de Ação adotados na III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/2001%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20adotado%20pela%20Terceira%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20contra%20o%20Racismo,%20Discrimina%C3%A7%C3%A3o%20Racial,%20Xenofobia%20e%20Formas%20Conexas%20de%20Intoler%C3%A2ncia.pdf>>. Acesso em: 02 out. de 2015.

DWORKIN, Roland. **Uma questão de princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRAZ, Octávio Luiz Mota. **Justiça distributiva para formiga e cigarras.** Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002007000100013>. Acesso em: 26 de out. de 2015.

FGV DIREITO RIO. **Igualdade formal v. igualdade material.** Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Igualdade_Formal_v._Igualdade_Material>. Acesso em: 02 de outubro de 2015.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. **Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: (o Direito como instrumento de transformação social. A experiência dos EUA).** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MARTINS, Ura Lobato. **Análise crítica sobre o entendimento de Ronald Dworkin sobre “ação afirmativa: funciona?”.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9565>. Acesso em: 08 de set. de 2015.

PIOVESAN, Flávia. **“Ações Afirmativas: A Questão das Cotas”.** In: Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. Coord. Renato Ferreira. Niterói: Impetus, 2011. p. 118-119.

RAWLS, Jonh. **O liberalismo político**. São Paulo. Ed. Ática. 2000.

SANTOS, Larissa Linhares Vilas Boas. **O princípio da igualdade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 72, jan 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leituras&artigo_id=7039>. Acesso em: 02 out. de 2015.

SENADO. **Projeto de Lei 289/99**. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/40353>>. Acesso em: 24 de out. de 2015.

STF. **ADPF 186**: Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>>. Acesso em: 08 de set. de 2015.





UNICEUB
Centro Universitário de Brasília

ICPD Instituto CEUB de
Pesquisa e
Desenvolvimento

ISBN 978-85-61990-49-7

