



LA COLISIÓN DE DERECHOS Y SU IMPACTO EN EL ACCESO A
MEDICAMENTOS ESENCIALES: DESAFÍOS PARA SURAMÉRICA

Raúl Allard Soto

CINCO LIÇÕES DE BOURDIEU PARA A CRIMINOLOGIA

Victor Lund Shammás

LEVANDO O DIREITO DE REMESSAS A SÉRIO

Fernando César Costa Xavier

O VALOR DAS CUSTAS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RIO
GRANDE DO NORTE: UMA NOVA PROPOSTA PARA SUA DEFINIÇÃO

Raimundo Márcio Ribeiro Lima

Roberto Barroso Moura

ENSINO E PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO:
DIAGNÓSTICOS CRÍTICOS

Clarindo Epaminondas de Sá Neto

Caroline Rodrigues Menezes

O PERCURSO DO “REPÚDIO AO TERRORISMO” NA ASSEMBLEIA
CONSTITUINTE (1987-88): A COMISSÃO AFONSO ARINOS E AS
CONTROVÉRSIAS AUSENTES

Ana Carolina Couto

ANÁLISE SOBRE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL NA LEI DE DROGAS:
CONFLITOS DOS PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE, DO CONTRADITÓRIO E
DA AMPLA DEFESA

Danilo Henrique Nunes

Jonatas dos Santos Silva

Adécio Ramos da Cruz

DIREITO HUMANO AO TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO
SOCIOLABORAL DE JOVENS NO BRASIL

Elisabete Stradiotto Siqueira

Valéria Rueda Elias Spers

Lucas Andrade de Moraes

DIREITO ALTERNATIVO E MOVIMENTOS SOCIAIS: A ASSESSORIA JURÍDICA
UNIVERSITÁRIA POPULAR E O ELO COM AS LUTAS SOCIAIS

Francisca Edineusa Pamplona Damacena

Lívia Maria Nascimento Silva

Amanda Oliveira de Sousa

REVISTA JURÍDICA



REVISTA JURÍDICA DA UFERSA

Editor-Chefe

Dr. Rafal Lamera Giesta Cabral
(UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Editor-Adjunto

Dr. Marcelo Lauar Leite
(UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Conselho Editorial

Dr. Alfredo de Jesus Dal Molin Flores (UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil)

Dra. Ana Cláudia Farranha Santana (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dra. Andressa Guimarães Torquato Fernandes (UFF, Niterói, RJ, Brasil)

Dr. Cristiano Paixão (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dr. Douglas Antônio Rocha Pinheiro (UnB | Brasília, DF, Brasil)

Dr. Fernando César Costa Xavier (UFRR | Boa Vista, RR, Brasil)

Dr. Gustavo César Machado Cabral (UFC | Fortaleza, CE, Brasil)

Dr. Gustavo Silveira Siqueira (UERJ | Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Dr. Marcelo Lauar Leite (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Mário Sérgio Falcão Maia (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)

Dr. Samuel Rodrigues Barbosa (USP | São Paulo, SP, Brasil)

Dr. Sérgio Said Staut Júnior (UFPR | Curitiba, PR, Brasil)

Dr. Jorge Manuel Coutinho de Abreu (FDUC | Coimbra, Portugal)

Dr. Pedro Canastra de Azevedo Maia (FDUC | Coimbra, Portugal)

Ficha catalográfica

R454

Revista Jurídica da UFERSA [recurso eletrônico] / Universidade Federal Rural do Semiárido
v. 3, n. 6, (jul./dez. 2019) – Mossoró, 2019 –

Semestral

ISSN: 2526-9488

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal Rural do Semiárido.

CDD: 340

CDU: 34

Bibliotecária Keina Cristina Santos Sousa e Silva - CRB15/120



REVISTA JURÍDICA DA UFRSA

Pareceristas desta Edição

- Dra. Adriana Duarte de Souza Carvalho (CLARETIANO | São Paulo, SP, Brasil)
Dra. Arleide Meylan (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)
Dr. Alisson da Silva Costa (PUC | Belo Horizonte, MG, Brasil)
Dr. Álisson José Maia Melo (UNI7 | Fortaleza, CE, Brasil)
Me. Ana Paula Gonzatti (FDUC | Coimbra, Portugal)
Dra. Brunna Laporte Cazabonnet (URC | Alegrete, RS, Brasil)
Dr. Cristiano Lange dos Santos (UNISC | Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
Dr. Daniel Estevão Ramos de Miranda (UFMS | Campo Grande, MS, Brasil)
Dr. Diego dos Santos Reis (UFPB | João Pessoa, PB, Brasil)
Dra. Edilene Lobo (UIT | Itaúna, MG, Brasil)
Dr. Edson Ricardo Saleme (UNISANTOS | Santos, SP, Brasil)
Dr. Hugo Luís Pena Ferreira (UFG | Goiânia, GO, Brasil)
Me. Igor Alves Noberto Soares (DOCTUM | Teófilo Otoni, MG, Brasil)
Dr. José Albenes Bezerra Júnior (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)
Me. Josué Justino do Rio (UFSCar | São Carlos, SP, Brasil)
Me. Juliana Aparecida Rigato (OAB | São Paulo, SP, Brasil)
Me. Leonardo Simchen Trevisan (UFRGS | Porto Alegre, RS, Brasil)
Dr. Luciano dos Santos Diniz (CEFET | Belo Horizonte, MG, Brasil)
Me. Luiza Souto Nogueira (USP | São Paulo, SP, Brasil)
Dr. Marcelo Maurício da Silva (UNIRN | Natal, RN, Brasil)
Dra. Mariane Camargo D'Oliveira (OAB | Santa Cruz do Sul, RS, Brasil)
Dra. Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte (UEPB | João pessoa, PB, Brasil)
Dr. Raimundo Márcio Ribeiro Lima (FDUC | Coimbra, Portugal)
Me. Rafael Barbosa Firpo (FDUC | Coimbra, Portugal)
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques (IDP | Brasília, DF, Brasil)
Me. Renata Gomes de Albuquerque Sá (FDUC | Coimbra, Portugal)
Me. Rômulo Magalhães Fernandes (PUC | Belo Horizonte, MG, Brasil)
Dr. Ulisses Levy Silvério dos Reis (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)
Dr. Vicente de Paulo Augusto de Oliveira Júnior (UNIFOR | Fortaleza, CE, Brasil)
Me. Victor Hugo Alcalde do Nascimento (OAB | Londrina, PR, Brasil)
Me. Victor Saldanha Priebe (OAB | Porto Alegre, RS, Brasil)
Me. Wallton Pereira de Souza Paiva (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)
Me. Winston de Araújo Teixeira (UFPB | João Pessoa, PB, Brasil)

Assessoria Técnica

Giovanna Helena Vieira Ferreira (UFERSA | Mossoró, RN, Brasil)



SUMÁRIO

LA COLISIÓN DE DERECHOS Y SU IMPACTO EN EL ACCESO A MEDICAMENTOS
ESENCIALES: DESAFIOS PARA SURAMÉRICA | **1-30**

DR. RAÚL ALLARD SOTO

CINCO LIÇÕES DE BOURDIEU PARA A CRIMINOLOGIA | **31-54**

DR. VICTOR LUND SHAMMAS

LEVANDO O DIREITO DE REMESSAS A SÉRIO | **55-68**

DR. FERNANDO CÉSAR COSTA XAVIER

O VALOR DAS CUSTAS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RIO GRANDE DO
NORTE: UMA NOVA PROPOSTA PARA SUA DEFINIÇÃO | **69-85**

DR. RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA

ROBERTO BARROSO MOURA

ENSINO E PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO:
DIAGNÓSTICOS CRÍTICOS | **86-99**

DR. CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO

CAROLINE RODRIGUES MENEZES

O PERCURSO DO “REPÚDIO AO TERRORISMO” NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE (1987-
88): A COMISSÃO AFONSO ARINOS E AS CONTROVÉRSIAS AUSENTES | **100-115**

ME. ANA CAROLINA COUTO

ANÁLISE SOBRE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL NA LEI DE DROGAS: CONFLITO DOS
PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA | **116-139**

ME. DANILO HENRIQUE NUNES

JONATAS DOS SANTOS SILVA

ADÉLCIO RAMOS DA CRUZ

DIREITO HUMANO AO TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO
SOCIOLABORAL DE JOVENS NO BRASIL | **140-157**

DRA. ELISABETE STRADIOTTO SIQUEIRA

DRA. VALÉRIA RUEDA ELIAS SPERS

ME. LUCAS ANDRADE DE MORAIS

DIREITO ALTERNATIVO E MOVIMENTOS SOCIAIS: A ASSESSORIA JURÍDICA
UNIVERSITÁRIA POPULAR E O ELO COM AS LUTAS SOCIAIS | **158-171**

DRA. FRANCISCA EDINEUSA PAMPLONA DAMASCENA

AMANDA OLIVEIRA DE SOUSA

LÍVIA MARIA NASCIMENTO SILVA



NOTA EDITORIAL

A concretização de mais um trabalho editorial da Revista Jurídica da Ufersa é um momento de dupla realização: ao tempo em que avançamos no número de avaliação de artigos no sistema *double-blind review* (dupla de revisão às cegas), a Revista tem circulado com maior frequência por todo o país, contribuindo para a visibilidade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Ufersa e disseminação do conhecimento científico.

Em 2019, a REJUR encerrou um ciclo de três (3) anos com publicações semestrais, focada em boas práticas editoriais e em pleno diálogo com as orientações da Coordenação de Área do Direito-CAPES para a avaliação QUALIS, na Plataforma Sucupira, prevista para ocorrer em 2020-21. A REJUR evoluiu e promoveu ajustes constantes para aperfeiçoar seu sistema de avaliação entre os pares, com manutenção de alta qualidade dos artigos e apresentação de um layout limpo, claro e objetivo. Recentemente, a REJUR obteve avaliação positiva em mais um indexador: DIADORIM – Diretório de políticas editoriais das revistas científicas brasileiras. No geral, a REJUR está inserida em 6 indexadores, com alcance nacional e internacional.

Nesse número, a REJUR apresenta aos leitores nove (9) contribuições significativas de diversos autores nacionais e internacionais (Chile e Noruega). Entre os autores nacionais, destacam-se as contribuições dos estados de Roraima, Ceará, Brasília, São Paulo, Santa Catarina e Rio Grande do Norte.

Os dois artigos internacionais foram convites editoriais. O primeiro versa sobre a “La colisión de derechos y su impacto em el acceso a medicamentos esenciales: desafios para Suramérica” e é uma contribuição do professor Dr. Raúl Allard Soto, da Universidad de La Frontera, de Temuco, Chile.

O segundo artigo deste número é de um autor norueguês, professor Dr. Victor Lund Shammas, da *University of Oslo*. O texto foi publicado originalmente em 2018, em língua inglesa, com o título *Bourdieu’s Five lessons for criminology*, na Revista *Law and Critique*, na Inglaterra, e agora, os leitores brasileiros terão acesso na versão em português, por meio de tradução realizada por Felipe Araújo Castro e Antônio Miguel Dantas de Almeida. Com o título “Cinco lições de Bourdieu para a Criminologia”, o artigo oferece uma contribuição relevante para a ciência do crime e da punição.

A próxima contribuição é de autoria do professor Doutor Fernando César Costa Xavier, da Universidade Federal de Roraima, com o título “Levando o direito de remessa a sério”.

A seguir, ainda em diálogo com o direito processual, o artigo “O valor das custas processuais no Tribunal de Justiça no Rio Grande do Norte” tem dupla autoria de procuradores da Advocacia Geral da União, professor Roberto Barroso Moura (AGU) e do professor Doutor Raimundo Márcio

Ribeiro Lima (com vínculos na Universidade do Estado do Rio Grande do Norte e na Universidade de Coimbra, Portugal).

De Santa Catarina, o professor Dr. Clarindo Epaminondas de Sá Neto e a mestranda Caroline Rodrigues Menezes discutem o ensino jurídico com o texto “Ensino e Prática Jurídica no Brasil contemporâneo: diagnósticos críticos”.

Na sequência, a doutoranda em Direito pela UnB e, atualmente, em estágio *sanduche* na Boston College (Massachusetts, Estados Unidos), discute os debates sobre terrorismo no Brasil, com o artigo “O percurso do ‘repúdio ao terrorismo’ na Assembleia Constituinte (1987-88): a Comissão Afonso Arinos e as controvérsias ausentes”.

Com o título “Análise sobre o interrogatório judicial na Lei de Drogas”, os autores Danilo Henrique Nunes, doutorando em Direito pela UNAERP (Ribeirão Preto-SP), Jonatas Santos, especialista na Faculdade de Direito da USP-Ribeirão Preto e o professor Adélcio Ramos da Cruz problematizam os conflitos entre as normas especiais, tratadas na Lei, em cotejo com os princípios constitucionais gerais.

Com uma parceria entre pesquisadores do Rio Grande do Norte e de São Paulo, o mestre Lucas Andrade de Moraes e as professoras Dra. Elisabete Stradiotto Siqueira e Dra. Valéria Rueda Elias Spers, da UNIMEP, apresentam o artigo “Direito Humano ao trabalho e políticas públicas de inclusão sociolaboral de jovens no Brasil”.

Por fim, do estado do Ceará, as pesquisadoras da Universidade Regional do Cariri – URCA, Amanda Oliveira de Sousa, Lívia Maria Nascimento Silva e a professora Dra. Francisca Edineusa Pamplona Damacena encerram esse número da REJUR com o texto “Direito Alternativo e movimentos sociais: a assessoria jurídica universitária popular e o elo com as lutas sociais”.

Com essa nova edição, a REJUR finaliza o volume 3 com dois números e 19 artigos plurais, que dialogam com nossa vocação institucional. Nesses três anos de editoração, a REJUR alcançou a meta de 57 artigos de autores nacionais e internacionais, com mais de 80 artigos avaliados. Em 2020, a REJUR editará dois novos números e incorporará as comemorações dos 10 anos do Curso de Direito da UFERSA.

Desejo uma excelente leitura a todos os leitores e reitero nossos agradecimentos à equipe editorial que, mais uma vez, desempenharam um papel brilhante nessa edição: professor DR. MARCELO LAUAR LEITE (Editor-adjunto) e a discente GIOVANNA HELENA VIEIRA FERREIRA (Assessoria Técnica). Fica também o agradecimento aos membros permanentes do corpo editorial, aos pareceristas *ad hoc* que atuaram nessa edição e aos autores, que confiaram em nosso trabalho.

Boa leitura e até a próxima edição.

PROF. DR. RAFAEL LAMERA GIESTA CABRAL
EDITOR-CHEFE | MARÇO 2020



LA COLISIÓN DE DERECHOS Y SU IMPACTO EN EL ACCESO A MEDICAMENTOS ESENCIALES: DESAFÍOS PARA SURAMÉRICA

THE COLLISION OF RIGHTS AND ITS IMPACT ON ACCESS TO ESSENTIAL MEDICINES: CHALLENGES FOR SOUTH AMERICA

RAÚL ALLARD SOTO*

RESUMO

La colisión del derecho a la salud y del derecho de propiedad intelectual generada por las obligaciones que simultáneamente asumen los doce países de Suramérica en el marco del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, por una parte, y en el Acuerdo sobre los ADPIC de la OMC, por la otra, ha supuesto un profundo impacto en el acceso a medicamentos esenciales para sus poblaciones. Este trabajo da cuenta de esta situación en los países de la región, al tiempo que lo sitúa en el contexto del debate sobre el comercio y los derechos humanos que se desata con especial fuerza desde principios de este siglo en el ámbito de la salud pública. Se destaca la necesidad de los países de Suramérica de fortalecer la cooperación intrarregional y el impulso a acciones de cooperación Sur-Sur en materia de acceso a medicamentos esenciales, teniendo en cuenta el predominio de patentes farmacéuticas detentadas por laboratorios privados del hemisferio norte. Los avances en esta dirección del Consejo Suramericano de Salud de Unasur, unidos a sus actuaciones como bloque regional ante la OMS, constituyen pasos promisorios que deben ser complementados con el desarrollo de capacidades de producción conjunta de medicamentos.

Palavras-chave: Acceso a medicamentos; acuerdo sobre los ADPIC; patente farmacéutica; colisión de derechos; Unasur.

ABSTRACT

The collision between intellectual property rights and the right to health due to obligations assumed simultaneously –the WTO TRIPS Agreement and the United Nations International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights– by the twelve countries of South America, has had a profound impact regarding their populations access to essential medicines. The paper reports this situation in the region, while placing it in the context of the debate on trade and human rights, which has been particularly strong since the beginning of this century in the field of public health. The need for South American countries to strengthen intraregional cooperation as well as the promotion of South-South cooperation in access to essential medicines, taking into account the prevalence of pharmaceutical patents held by private laboratories in the northern hemisphere, is underlined. The advances made in this direction by the South American Health Council of Unasur, together with its actions as a regional bloc at the WTO meetings, are promising steps that must be complemented by the development of joint drug production capabilities.

Keywords: Access to medicines; Trips; pharmaceutical patente; collision of rights; Unasur.

*Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Mestre em Saúde Internacional pelo Instituto de Salud Carlos III (Espanha). Especialista em Direito Internacional e Europeu dos Direitos Humanos pela Universidade de Alcalá (Espanha). Professor e Diretor da Qualidade Acadêmica da Faculdade de Ciências Jurídicas e Empresariais da Universidad de La Frontera (Chile).

raul.allard@ufrontera.cl

Recebido em 26-11-2018 | Aprovado em 26-11-2018¹

¹ Artigo convidado. Publicado originalmente na *Revista Derecho del Estado*, da Universidad Externado de Colombia (n. 41, mai. 2018), p. 3-36.



SUMÁRIO

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS; INTRODUCCIÓN; 1 LA COLISIÓN DE DERECHOS EN TRATADOS INTERNACIONALES EN SURAMÉRICA; 1.1 El derecho a la salud y la patente farmacéutica en la segunda mitad del siglo; 1.2 El debate sobre el comercio y los derechos humanos en la salud pública; 2 IMPACTO DEL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC EN EL ACCESO A MEDICAMENTOS ESENCIALES; 2.1 Impacto en Suramé-rica; 2.2 Solución de controversias sobre patentes farmacéuticas en la omc; 2.3 Debate sobre acceso a medicamentos en el osd; 3 DESAFÍOS PARA SURAMÉRICA; 3.1 Unasur y el css; 3.2 Cooperación intrarregional y diplomacia transversal; 3.3 Cooperación Sur- Sur y tlc suscritos con normas adpic Plus; 3.3.1 La cooperación Sur-Sur y la influencia de Brasil; 3.3.2 TLC suscritos por Chile, Perú y Colombia con Estados Unidos; CONCLUSIONES; REFERENCIAS.

■ INTRODUCCIÓN

El siglo XXI comienza con un encendido debate sobre el comercio y los derechos humanos –*trade and human rights debate*– a nivel internacional. Sobre la (in)compatibilidad de las reglas y estándares mínimos del comercio internacional, por una parte, y la protección de los derechos humanos, por la otra². Un ejemplo emblemático lo constituye el debate sobre el acceso a medicamentos esenciales en plena crisis del VIH/SIDA.

Para ser Estado miembro de la omc los países en desarrollo debieron suscribir el controvertido Acuerdo sobre los adpic³, que entró en vigencia el 1.º de enero de 1995.

El Acuerdo sobre los adpic fija estándares mínimos de protección de la propiedad intelectual –derechos de autor y derechos conexos; marcas de fá-brica o de comercio; indicaciones geográficas; dibujos y modelos industriales; patentes; esquemas de trazado de los circuitos integrados, y protección de la información no divulgada–, y en el caso de las patentes sus efectos son relevantes al fijar como materia patentable “todas las invenciones,

Texto revisado de la conferencia pronunciada en Lima el 01 de abril de 2009 en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el marco de las Jornadas ‘Crítica al normativismo funcionalista’. Publicado anteriormente en: *Revista de Derecho penal y Criminología*, MADRID, n. 3, 2010, p. 13-26; MONTOYA, I. (coord.), *Crítica al funcionalismo normativista y otros temas actuales del Derecho penal*, Lima: Palestra y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011, p. 101-113; Sabadini, P. (comp.), *Estudios críticos del Derecho penal moderno*, Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2011, p. 17-30.

² Sobre este debate véase JOSEPH, S., KINLEY, D. Y WAINCYMER, J. (eds.). *The world trade organization and human rights: Interdisciplinary perspectives*. Edward Elgar, 2009; LANG, A. *World trade law after neoliberalism: Re-imagining the global economic order*. Oxford: Oxford University Press, 2011; Ibrahim, A. International trade and human rights: An unfinished debate. *German Law Journal*. Vol. 14, n.º 1, 2013, 321-338; DOMMEN, C. Raising human rights concerns in the World Trade Organization: Actors, processes and possible strategies. *Human Rights Quarterly*. Vol. 24, n.º 1, 2002, 1-50; VLASSIS, A. Y RICHIERI, L. Effects of the cdce on trade negotiations. En: *Cultural Diversity in International Law*. New York: Routledge, 2014; Petersmann, E. U. Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: The need to clarify their interrelationships. *Journal of International Economic Law*. Vol. 4, n.º 1, 2001, 3-39.

³ El Acuerdo sobre los adpic es un acuerdo anexo –anexo 1C– a la creación de la omc, en el que los países desarrollados presionaron a favor de una amplia protección de la propiedad intelectual y de la armonización de las normas al respecto. Texto del Acuerdo sobre los adpic disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siem-pre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”⁴.

Con ello, sus disposiciones también se aplican a la patente farmacéutica, detentada habitualmente por empresas farmacéuticas de nivel global, con casa matriz en Estados Unidos o Europa⁵. Implican derechos de propiedad intelectual de dominio privado que amplían y refuerzan los derechos de sus titulares, al conferirles derechos exclusivos de explotación por un período mínimo de 20 años sobre el nuevo medicamento, retrasando la entrada al mercado del medicamento genérico, aquel que no se encuentra amparado por una patente.

Muy pronto, los Estados miembros de la omc se ven obligados a formular la Declaración de Doha, de 2001, en la que reconocen las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios de los medicamentos y donde afirman que el Acuerdo sobre los adpic debe ser interpretado de una manera que apoye el derecho de sus miembros de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

La tensión en cuanto al acceso a medicamentos esenciales –fármacos antirretrovirales, vacunas y otros medicamentos de alto costo utilizados en programas gubernamentales– se da entre la obligación estatal de facilitar el acceso de la población a medicamentos esenciales, que emana del derecho a la salud consagrado en el artículo 12 del pidesc de la onu, de 1966, por una parte, y el fortalecimiento de la patente farmacéutica incluida en las obligaciones internacionales de carácter comercial que asumen los Estados miembros de la omc en el Acuerdo sobre los adpic⁶.

Ambos corresponden a tratados internacionales vinculantes cuyas obligaciones deben ser aplicadas en el ámbito interno por los doce países de Suramérica, quienes sin excepción los han suscrito y ratificado. En el caso de aquellos productos farmacéuticos que cada país fija en su listado de medicamentos esenciales, estos deben estar disponibles y accesibles en todas sus jurisdicciones, a favor del bienestar de los grupos más desfavorecidos. De acuerdo a las definiciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁷ del pidesc, esta obligación es de carácter inderogable y de efecto inmediato, constituyendo para el Estado parte una obligación de cumplir cuya violación se verifica al no adoptarse todas las medidas necesarias que permitan dar efectividad al derecho a la salud.

⁴ Acuerdo sobre los adpic, art. 27, Materia Patentable.

⁵ Este trabajo sigue el concepto de empresas transnacionales o multinacionales –aplicable a las empresas farmacéuticas que operan a escala internacional–, que se presentan a continuación en Allard Neumann, R. Globalización, rol del Estado y relaciones internacionales en el realismo de Robert Gilpin. *Estudios Internacionales*. Vol. 37, n.º 146, 2004, 23-24: “Digamos que actualmente las emn se presentan como racimos de empresas que operan a escala internacional, vinculadas entre sí por una compleja red de relaciones institucionales, de propiedad, de producción, comerciales, administrativo-financieras y tecnológicas, con una sede matriz y una ‘gran estrategia’ comunes”; y en conceptualización de la unctad, citada en Guardia, A. *Desde el epicentro de la globalización*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2001: “Las empresas multinacionales son originarias de un país –empresa matriz– con actividades estables y control sobre filiales en al menos dos países extranjeros donde se realiza más del 10% de sus ventas”.

⁶ ALLARD SOTO, R. Medicamentos esenciales y Acuerdo sobre los adpic: colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual. *Salud Colectiva*. Vol. 11, n.º 1, 2015, 9-21.

⁷ NACIONES UNIDAS, Observación General n.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4. Ginebra: Consejo Económico y Social.

En este contexto, el objetivo de este trabajo consiste en demostrar, asumiendo una visión suramericana común, la importancia estratégica de que nuestros países se unan, en materia de acceso a medicamentos esenciales, en torno a políticas públicas conjuntas y posiciones comunes en el ámbito internacional.

Para cumplir este objetivo el trabajo consta de tres apartados y una conclusión. El primer apartado aborda la colisión de derechos en ambos tratados internacionales –pidesc y Acuerdo sobre los adpic– en vigencia a lo largo y ancho de Suramérica; el segundo da cuenta del impacto que han supuesto las obligaciones asumidas por los países suramericanos en la omc respecto del deber de facilitar el acceso de sus poblaciones a medicamentos esenciales; un tercer apartado se ocupa de los desafíos que tiene por delante Suramérica, a partir de las acciones que desarrollan sus países en el marco de Unasur.

Además, en este último apartado se ilustran dos extremos que coexisten a nivel continental, y que precisan ser direccionados lo más armónicamente posible para llevar este desafío suramericano a buen puerto: por una parte, el liderazgo de Brasil en materia de acceso a medicamentos esenciales en el hemisferio sur, y por la otra, los tlc suscritos con Estados Unidos por Chile, Perú y Colombia, países que asumen algunas obligaciones con la potencia norteamericana que refuerzan la patente farmacéutica y exceden las obligaciones asumidas por los Estados en el Acuerdo sobre los adpic.

1 LA COLISIÓN DE DERECHOS EN TRATADOS INTERNACIONALES EN SURAMÉRICA

1.1 El derecho a la salud y la patente farmacéutica en la segunda mitad del siglo XX

Con el término de la Segunda Guerra Mundial y la creación de la onu se fue desarrollando cada vez con mayor vigor el didh, sentándose las bases del marco jurídico internacional del derecho a la salud en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ de 1948.

Desde entonces, este derecho se ha codificado en numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos de carácter vinculante y en muchas constituciones nacionales, de modo que la mayoría de los países han firmado o ratificado al menos una convención o tratado de carácter general o regional que consagra el derecho a la salud: más de 150 países son Estados parte del pidesc, 80 han firmado tratados regionales y más de 100 han incorporado el derecho a la salud en su constitución nacional⁹. Así, en cuatro

⁸ Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.1: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (Naciones Unidas. Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948. [En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>).

⁹ HOGERZEIL, H. V.; SAMSON, M.; CASANOVAS, J. V.; RAHMANI-OCORA, L. Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts? *The Lancet*. Vol. 368, n.º 9532, 2006, 306.

constituciones nacionales –México, Perú, Filipinas y Siria– se ha reconocido el acceso a los medicamentos esenciales como un derecho fundamental¹⁰.

Precisamente, el pidesc de 1966, que entró en vigencia en 1976, provee la disposición más importante y comprensiva del derecho a la salud del didh –el artículo 12, sobre el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental–, disposición que hace hincapié en el acceso equitativo a la asistencia sanitaria y en unas garantías mínimas de asistencia sanitaria en caso de enfermedad¹¹. En este contexto, las obligaciones que asumen y declaran los Estados desde un enfoque de derechos humanos se fortalecen en los años 60 y 70.

En 1975 comienza a difundirse por parte de la oms el concepto de medicamentos esenciales, disponibles a precios razonables en su forma genérica. Esto en referencia a aquellos que no están amparados por una patente far-macéutica, que se comercializan bajo el nombre del principio activo y cuya competencia usualmente conduce a una reducción significativa de los precios y a un mayor acceso de la población mundial.

Luego, en la Declaración de Alma-Ata¹² de 1978, efectuada en la ex Unión Soviética, en el marco de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud –patrocinada conjuntamente por la oms y unicef–, se acuña el objetivo mundial de alcanzar el cubrimiento en salud para todos en el año 2000, y se declara que la atención primaria de salud comprende al menos el suministro de medicamentos esenciales.

Todo ello deriva en el Listado de Medicamentos Esenciales, aprobado por la oms en 1979, con la creación del Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales¹³. Este listado tiene por objeto fijar aquellos productos considerados, desde el punto de vista sanitario, de primera necesidad, debiendo estar disponibles en los sistemas de salud en todo momento, en cantidades suficientes y a un precio que los pacientes y la comunidad puedan pagar. Fármacos antirretrovirales, vacunas y otros medicamentos de alto costo utilizados en los programas gubernamentales constituyen ejemplos de ello.

Cada Estado formula su propio listado de medicamentos esenciales de acuerdo a sus prioridades sanitarias. En ausencia de aquel listado, serán considerados tales los medicamentos incluidos en la lista modelo de medicamentos esenciales de la oms, sujeta a cualquier revisión contextual lógica¹⁴. Este impulso incluso lleva a la oms a diseñar plantas

¹⁰ Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos. Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Consulta de expertos sobre el acceso a los medicamentos como elemento fundamental del derecho a la salud, A/hrc/17/43, 2011. [En línea]. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=18540

¹¹ Art. 12 pidesc: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

¹² Texto completo de la Declaración de Alma-Ata disponible en: [http://www.inclusion-ia.org/espaf10l\(Norm/AlmaAta-02-1.pdf](http://www.inclusion-ia.org/espaf10l(Norm/AlmaAta-02-1.pdf)

¹³ Asamblea Mundial de la Salud. Resolución 32.41 de 1979.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, Asamblea General. *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Nota del Secretario General*, A/61/338, 2016, 14-18.

[En línea]. Disponible en: <http://www.un.org/ga/61/third/documentslist.shtml>

farmacéuticas de bajo costo, para la producción de medicamentos genéricos en países en desarrollo, con capacidad para atender una población de tres a cinco millones de personas¹⁵.

Por otra parte, el concepto de medicamento esencial generaba, como documenta Greene¹⁶, honda preocupación y fuertes críticas por parte de la poderosa industria farmacéutica en Estados Unidos y en Europa, asociada en la Federación Internacional de Fabricantes y Asociaciones Farmacéuticas, la que declaraba su rechazo a este concepto, considerándolo inaceptable para sus intereses y comunicando esta postura al Director General de la oms de la época, Halfdan Mahler.

Las aprehensiones de la industria ante la Dirección General de la oms documentadas por Greene tenían varias aristas que tradicionalmente han sido motivo de sus preocupaciones, entre ellas: dudas relativas a la capacidad de las autoridades regulatorias para proporcionar garantías sobre la bioequivalencia o intercambiabilidad del suministro de medicamentos dentro de su jurisdicción; las graves repercusiones que generaría desincentivar el uso de medicamentos de marca en la calidad de los productos farmacéuticos; y las reservas sobre la política de medicamentos esenciales y la promoción de medicamentos genéricos frente a medicamentos de marca, considerando que la oms excedía sus propias capacidades para monitorear normas sobre medicamentos.

Los intereses económicos en discusión eran muy importantes y ya asomaba una industria de medicamentos genéricos en países en desarrollo, como era el caso del gigante suramericano, Brasil, que preocupaba fuertemente a la influyente Asociación de Fabricantes Farmacéuticos de Estados Unidos, ante el temor de que pudiera rápidamente expandirse a otros mercados del Sur a través de redes de distribución Sur-Sur y al resto del mundo en desarrollo con genéricos producidos en infracción de sus patentes¹⁷.

El trasfondo de la problemática que aquejaba a las poderosas firmas farmacéuticas del Norte en esta época era la ausencia de una legislación internacional que fijara normas mundiales comunes, de manera que un producto farmacéutico de marca patentado en un país en una situación monopólica por el tiempo de duración de la patente, podía al mismo tiempo encontrarse en una zona de competencia genérica en otro país que no concedía patente farmacéutica¹⁸.

Esta disconformidad con la heterogeneidad de las normas de propiedad intelectual a nivel internacional se acrecienta una vez que se dicta en Estados Unidos, en 1984, la famosa *Hatch-Waxman Act*¹⁹ (*Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act*), que tiene el mérito de sentar en Estados Unidos las bases de un sistema que logró, por una parte, equilibrar y conjugar una robusta industria de medicamentos genéricos, y por otra, fijar los incentivos necesarios para impactar positivamente en la investigación y desarrollo de productos farmacéuticos a través de empresas farmacéuticas de innovación.

¹⁵ GREENE, J. *Generic: The unbranding of modern medicine*. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2016, 247.

¹⁶ GREENE, *supra*, nota 15, 245-253.

¹⁷ Greene, *supra*, nota 15, 248-253; Perez Pugatch, M. *The international political economy of intellectual property rights*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2004, 66-69.

¹⁸ GREENE, *supra*, nota 15, 248.

¹⁹ THOMAS, J. *Pharmaceutical Patent Law*. Washington, DC: bna Books, 2005, 308-326, 329 ss., 399 ss. y 548-550; Adelman, M., Rader, R. y Thomas, J. *Cases and materials on Patent Law*. 4.ª ed. Saint Paul, Minn.: West Academic, 2015, 937-1001.

De tal manera, con la entrada en vigencia de la *Hatch-Waxman Act* se multiplican las exigencias y presiones de parte de las naciones desarrolladas que cuentan con una poderosa industria farmacéutica, para proteger en el resto del mundo de manera adecuada los intereses de este sector. Lo anterior teniendo en cuenta que previo a la creación de la omc y del establecimiento del Acuerdo sobre los adpic en 1995, más de 50 países contemplaban en sus legislaciones la prohibición de patentes sobre productos farmacéuticos²⁰.

1.2 El debate sobre el comercio y los derechos humanos en la salud pública

Si bien la omc y sus acuerdos anexos comienzan a aplicarse en 1995, es preciso señalar que de acuerdo con Lang el régimen internacional de comercio en el mundo experimentó un “giro neoliberal”²¹ durante las últimas tres décadas del siglo xx, comenzando a tomar forma institucional concreta el “Estado neoliberal”²², en una variedad de países alrededor del mundo, en los años ochenta y noventa²³. Incluso, dicho autor destaca el experimento chileno de mediados de los setenta por el hecho de anticiparse a Estados Unidos y el Reino Unido, países que proveen el primer laboratorio de ideas neoliberales durante la década de 1980, previo a su extensión a mediados de los noventa, de modo disparejo y parcial, pero aun así de manera reconocible, en el resto del mundo²⁴.

En el comercio internacional, a partir de la Ronda Uruguay de negociaciones del gatt efectuadas entre 1986 y 1994 se logra en Marrakech, en abril de 1994, la creación de la omc, como un esfuerzo de la comunidad internacional dirigido a promover el multilateralismo en la regulación de los intercambios a escala global. La omc se expresa fundamentalmente por medio de acuerdos sobre distintas áreas de comercio y servicios, que obligan a los países a mantener sus políticas comerciales dentro de marcos convenidos. Estos acuerdos, “aunque son negociados y suscritos por los gobiernos, su objetivo es regular el comercio internacional en que participan los agentes económicos como productores de bienes y servicios e importadores y exportadores”²⁵.

²⁰ CORREA, C. Retroactividad del Acuerdo sobre los adpic a la luz de la protección de la Salud Pública. En: Seuba, X. (coord.). *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*. Barcelona: Bosch, 2008, 373-399.

²¹ Un completo análisis al respecto en Lang, *supra*, nota 2, Parte ii, The Trade Regime and the Neoliberal Turn, 159-310.

²² PLANT, R., *The Neo-liberal State*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

²³ LANG, *supra*, nota 2, 1

²⁴ LANG, *supra*, nota 2, 2.

²⁵ ALLARD NEUMANN, R. *La globalización por dentro: el Estado-Nación y los actores transnacionales*. Santiago: Catalonia, 2009, 79.

Los Acuerdos anexos de la omc abarcan bienes o mercancías²⁶, servicios²⁷ y propiedad intelectual²⁸. Con su creación, el régimen del comercio internacional agregó la propiedad intelectual y el área de servicios a su mandato, con lo que incrementó ostensiblemente su campo de acción e influencia. Desde el inicio de las negociaciones para formar la omc se manifiestan intereses en pugna entre países desarrollados y países en desarrollo. Como señala Gostin, durante la Ronda Uruguay de negociaciones se genera un acuerdo implícito –“The Grand Bargain”– a través del cual el Norte global consigue acuerdos comerciales en el área de servicios, propiedad intelectual y inversiones, además de la creación de una nueva organización comercial con capacidad para hacer cumplir las decisiones, mientras que el Sur global obtiene acceso a los mercados del Norte en agricultura y manufacturas intensivas en mano de obra²⁹.

Para Susan Sell, en lo que respecta específicamente al Acuerdo sobre los adpic, este refleja el interés de empresas- globales que intentan ampliar su control sobre la propiedad intelectual:

... amplía los derechos- de patente hasta los 20 años; obliga a los países en de-sarrollo a otorgar protección mediante patente a los productos farmacéuticos; restringe de manera estricta las condiciones en que los Estados- pueden expedir licencias obligatorias, y reduce- la autonomía de los Estados en el diseño de polí-ticas de propiedad intelectual que se ajusten a sus diversos niveles de innovación y desarrollo económico³⁰.

Las tensiones y conflictos que generó el Acuerdo sobre los adpic entre países desarrollados con una poderosa industria farmacéutica y países en desarrollo se reflejan en las controversias suscitadas ante el osd de la omc³¹, como se estudia en el apartado ii de este trabajo.

En nuestro concepto, el giro neoliberal que sufre el régimen de comer-cio internacional al que se refiere Lang, y que deriva en el debate sobre el comercio y los derechos humanos, se manifiesta con nitidez en el acceso a medicamentos esenciales con la Declaración de Doha y el revuelo que genera en la opinión pública³².

²⁶ El Anexo 1A, relativo a bienes o mercancías, contiene trece acuerdos comerciales: además del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio 1994 (gatt 1994), se adoptan acuerdos comerciales específicamente en sectores o cuestiones sobre agricultura; aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias; textiles y vestido; obstáculos técnicos al comercio; medidas en materia de inversiones; medidas antidumping; métodos de valoración en aduanas; inspección previa a la expedición; normas de origen; licencias de importación; subvenciones y medidas compensatorias; y salvaguardias.

²⁷ Anexo 1B, relativo a servicios, contempla el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios.

²⁸ Anexo 1C, relativo a la propiedad intelectual, contiene el Acuerdo sobre los adpic.

²⁹ GOSTIN, L. *Global health law*. Harvard University Press, 2014, 273.

³⁰ SELL, S. Acuerdos de libre comercio con disposiciones adpic Plus y acceso a medica-mentos. En: Seuba, X. (coord.). *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*. Barcelona: Bosch, 2008, 172-173.

³¹ Allard Soto, R. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica*. Vol. 21, n.º 1, 2015, 85-89; Allard Soto, *supra*, nota 6, 13-14.

³² Declaración de Doha, párr. 3: “Reconocemos que la protección de la propiedad inte-lectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios”.

Como lo indican McInnes y Lee³³, la omc se involucró en la salud global casi por accidente, a través de sus intentos de globalizar los derechos de propiedad intelectual. Debido al efecto negativo del Acuerdo sobre los adpic sobre el acceso equitativo a los medicamentos, especialmente las terapias antirretrovirales para el tratamiento del vih/sida, la omc fue objeto de furio-sas campañas por parte de organizaciones de la sociedad civil, grupos de pacientes y defensores de los derechos humanos de portadores del vih/sida, por un lado, y empresas farmacéuticas, por el otro.

Esta tensión deriva en la colisión del derecho a la salud con el derecho de propiedad intelectual en tratados internacionales, actualmente en vigencia para todos los Estados de Suramérica que lo suscriben, como se observa en el cuadro a continuación.

CUADRO N.º 1

PAÍS	FECHA DE ADHESIÓN A LA OMC	RATIFICACIÓN Y/O ADHESIÓN AL PIDESC*	SUSCRIPCIÓN Y/O RATIFICACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PIDESC**
Argentina	01/01/1995	08/08/1986	Suscrito: 24/09/2009 Ratificado: 24/10/2011
Bolivia	12/09/1995	12/08/1982	Suscrito: 12/02/2010 Ratificado: 13/01/2012
Brasil	01/01/1995	24/01/1992	-
Chile	01/01/1995	10/02/1972	Suscrito: 24/09/2009 No ha sido ratificado
Colombia	30/04/1995	29/10/1969	-
Ecuador	21/01/1996	06/03/1969	Suscrito: 24/09/2009 Ratificado: 11/06/2010
Guyana	01/01/1995	15/02/1977	-
Paraguay	01/01/1995	10/06/1992	Suscrito: 06/10/2009 No ha sido ratificado
Perú	01/01/1995	28/04/1978	-
Surinam	01/01/1995	28/12/1976	-
Uruguay	01/01/1995	01/04/1970	Suscrito: 24/09/2009 Ratificado: 05/02/2013
Venezuela	01/01/1995	10/05/1978	Suscrito: 04/10/2011 No ha sido ratificado

* El pidesc fue adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (xxi), de 16 de diciembre de 1966, y entró en vigencia

³³ McInnes, C. y Lee, K. *Global health & international relation*. Cambridge: Polity Press, 2012, 58.

el 3 de enero de 1976, de conformidad con el artículo 27. Disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

** El Protocolo Facultativo del pidesc fue adoptado en Nueva York el 10 de diciembre de 2008 y entró en vigencia el 5 de mayo de 2013, en conformidad con el artículo 18(1).

*** Fuente: elaboración propia, a partir de datos disponibles en OMC³⁴ y ONU³⁵.

En efecto, para ser miembros de la omc, los países deben suscribir el Acuerdo sobre los adpic, que impone patentes que hacen que los medicamentos sean inaccesibles para los gobiernos y residentes en países de medianos y bajos ingresos, siendo que años antes habían firmado y ratificado el pidesc de la onu que los obliga a facilitar el acceso a los medicamentos³⁶.

Para aquilatar la magnitud del impacto que puede generar la colisión de derechos basta considerar que ya a principios de este siglo, de 141 miembros de la omc que se habían comprometido a aplicar las normas mínimas de protección de la propiedad intelectual en el Acuerdo sobre los adpic, 111 habían ratificado el pidesc³⁷. Actualmente, el pidesc cuenta con 165 Estados parte³⁸ y la omc con 164 Estados miembros³⁹. Los 12 países suramericanos son Estados miembro de la omc y Estados parte del pidesc.

2 IMPACTO DEL ACUERDO SOBRE LOS adpic EN EL ACCESO A MEDICAMENTOS ESENCIALES

2.1 Impacto en Suramérica

En nuestro concepto, el fortalecimiento de la patente farmacéutica contemplado en el Acuerdo sobre los adpic ha provocado dos efectos principales: afectar a las poblaciones vulnerables de los países suramericanos cuyo sistema de seguridad social no logra cubrir los medicamentos esenciales, o bien imposibilitar su financiamiento sostenido por los sistemas de seguridad social crecientemente deficitarios.

Por una parte, limita severamente la capacidad de los países en desarrollo para diseñar políticas de propiedad intelectual que se ajusten a sus diversos niveles de innovación y desarrollo económico⁴⁰; por la otra, incrementa los derechos exclusivos de explotación de dominio privado que detentan habitualmente empresas farmacéuticas de alcance global. Para ilustrar la importancia económica que han asumido estas empresas en la actualidad es de señalar que entre las 50 compañías transnacionales más rentables en el año 2008, seis de ellas

³⁴ Disponible en: https://www.wto.org/english/thewto_e/acc_e/acc_map_e.htm

³⁵ Disponible en: <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>

³⁶ Homedes, N. y Ugalde, A. El ciclo de los medicamentos: su impacto en el acceso y el uso adecuado. *Salud Colectiva*. Vol. 11, n.º 1, 2015, 6.

³⁷ NACIONES UNIDAS, Consejo Económico y Social. Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, E/CN.4/Sub.2/2001/13, 2001. [En línea]. Disponible en: [http://daccessdds-un.org/doc/undoc/gen/G01/143/48/pdf/G0114348.pdf?OpenElement](http://daccessdds.un.org/doc/undoc/gen/G01/143/48/pdf/G0114348.pdf?OpenElement)

³⁸ Disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=iv-3&chapter=4&clang=_en

³⁹ Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org6_s.htm

⁴⁰ Sell, *supra*, nota 31, 172-173.

eran gigantes farmacéuticas: Johnson & Johnson (n.º 18), GlaxoSmithKline (n.º 31), Roche Group (n.º 33), Novartis (n.º 34), Pfizer (n.º 35) y Merck (n.º 38)⁴¹.

Las 10 compañías farmacéuticas más grandes por ventas en 2010 co-rresponden a empresas trasnacionales con casa matriz en Estados Unidos o Europa⁴²; en su orden: Pfizer, con casa matriz en Estados Unidos; Sanofi-Aventis, con casa matriz en Francia; Novartis, con casa matriz en Suiza; GlaxoSmithKline, con casa matriz en Reino Unido; AstraZeneca, con casa matriz en Reino Unido; 6) Merck & Co., con casa matriz en Estados Unidos; Johnson & Johnson, con casa matriz en Estados Unidos; Eli Lilly & Co., con casa matriz en Estados Unidos; Bristol - Myers Squibb, con casa matriz en Estados Unidos, y Abbott Laboratories, con casa matriz en Estados Unidos. Por si fuera poco, la tendencia en materia de fusiones y adquisiciones provee evidencia de una concentración cada vez mayor al interior de la industria farmacéutica.

El impacto en Suramérica desde la entrada en vigencia del Acuerdo sobre los adpic ha sido enorme:

1. Para Brasil y Argentina, con capacidad industrial en medicamentos, el Acuerdo sobre los adpic significó nada menos que la obligación de implementar la protección de patentes de medicamentos en sus legislaciones nacionales.

Previo al Acuerdo sobre los adpic, Brasil y Argentina contemplaban en sus legislaciones la prohibición de patentes sobre productos farmacéuticos. Esto obedecía a razones de salud pública, en especial el temor de que las patentes limitaran el acceso a un bien esencial como es el medicamento⁴³, lo cual les había permitido desarrollar una industria de medicamentos genéri-cos, especialmente vigorosa en el caso del Brasil, como se dijo en el primer apartado de este trabajo.

En Brasil la Ley de Propiedad Industrial 5.772 de 1971 no incluía el recono-cimiento de patentes para productos y procesos farmacéuticos, lo que cambia sustancialmente con la Ley de Propiedad Industrial 9279 de 1996, que fija la obligatoriedad de conceder patentes para el sector farmacéutico impuesta en el Acuerdo sobre los adpic . En el caso de Argentina, la patentabilidad de los productos farmacéuticos fue reconocida por medio de la Ley de Patentes y Modelos de Utilidad 24.481 de 1995; esta vino a reemplazar la Ley 111 de 1864, que solo admitía la protección por patentes de los procedimientos para la fabricación de medicamentos.

Como advierte Maskus⁴⁴, los impactos más destacados de una importación de productos de tecnologías avanzadas se observan precisamente en países que presentan fuertes capacidades de imitación como Brasil, India y Argentina.

El impacto negativo provocado por la introducción del Acuerdo sobre los adpic en la industria doméstica de Brasil es notorio, toda vez que uno de sus pilares competitivos se basaba en la comercialización de medicamentos similares –copias de los medicamentos de

⁴¹ FORSYTHE, D. *Human Rights in international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012, 281-282. Disponible en: [money.cnn.com/magazines/fortune/global500/.../ profits/](http://money.cnn.com/magazines/fortune/global500/.../profits/)

⁴² MCINNES; LEE, *supra*, nota 32, 88.

⁴³ CORREA, *supra*, nota 21, 395.

⁴⁴ MASKUS, K. Regulatory standards in the wto comparing intellectual property rights with competition policy. *World Trade Review*. Vol. 1, n.º 2, 2002, 57.

marca—, no estando en condiciones de competir con los oligopolios internacionales en la producción de medicamentos de innovación⁴⁵.

2. En el caso de Chile, que no logró desarrollar una industria nacional de medicamentos relevante, con anterioridad al Acuerdo sobre los adpic ya contemplaba la protección de medicamentos por medio de patentes farmacéuticas. De tal manera, el impacto del Acuerdo se manifiesta en el incremento de la duración de la patente farmacéutica, para adecuarla al estándar mínimo de 15 a 20 años de protección. La Ley 19.996 de 2005, que introduce reformas a la Ley 19.039 de 1991, sobre propiedad industrial, viene a cumplir con los compromisos contraídos con la omc en el marco del Acuerdo sobre los adpic.

Así las cosas, el tránsito a la entrada en vigencia del Acuerdo sobre los adpic es menos dramático para Chile que para Argentina y Brasil, por cuanto su impacto se refiere al incremento en la duración de la patente a favor de las grandes firmas transnacionales, y no a la introducción de la protección de la patente farmacéutica en su legislación.

Como consecuencia de aquello, Chile, en el ámbito farmacéutico, no ha estado involucrado en controversias ante el osd ni tampoco ha participado en ellas en calidad de tercero. Por el contrario, ha suscrito numerosos tlc, entre ellos el celebrado con Estados Unidos en 2003 y que será abordado en el apartado iii.

3. En el caso de Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia, que integran la can, el impacto también ha sido sustantivo.

Luego de introducir el patentamiento de productos farmacéuticos en 1991, se adoptó la Decisión 344 de 1993, de Régimen Común sobre Propiedad Industrial, de la can —“Acuerdo de Cartagena”—, previo a la creación de la omc y el Acuerdo sobre los adpic, cuyo artículo 7 letra e) fijó en carácter de no patentables “las innovaciones relativas a productos farmacéuticos que figuren en la lista de medicamentos esenciales de la Organización Mundial de la Salud (oms)”⁴⁶.

Sin embargo, como se pudo observar en el cuadro 1, los 4 países de la can, para ser Estados miembros de la omc⁴⁷, suscribieron, en calidad de Anexo, el Acuerdo sobre los adpic. Y por ende, en aras del cumplimiento del Acuerdo⁴⁸, la excepción a la patentabilidad de los productos farmacéuticos incluidos en la lista de medicamentos esenciales fue dejada sin efecto con la adopción por la can de la Decisión 486 de 2000, que sustituyó la Decisión 344.

⁴⁵ ARAGAO, E.; GUIMARAES, J. M.; LOUREIRO, S. The dissemination of local health innovations: Political economy issues in Brazil. En: Mackintosh, M., Banda, G., Wamae, W. y Tibandebage, P. (eds.). *Making medicines in Africa: The political economy of industrializing for local health*. New York: Palgrave Macmillan, 2016, 171.

⁴⁶ La misma disposición fue incorporada en la Ley de la Propiedad Industrial en Perú, de 1996 (art. 28(e) del Dcto. Legislativo 823, del 23 de abril de 1996).

⁴⁷ Fecha de adhesión a la omc: Perú, 1 de enero de 1995; Colombia, 30 de abril de 1995; Bolivia, 12 de septiembre de 1995; Ecuador, 21/ de enero de 1996.

⁴⁸ Acuerdo sobre los adpic: “Artículo 27. *Materia patentable*. 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país”.

Así lo refleja Jiménez- Valderrama al referirse a esta Decisión de la can que se aplica en Colombia, al indicar:

... en nuestro ordenamiento jurídico, las patentes de invención se regulan a través de la Decisión 486 de 2000 de la Comisión de la Comunidad Andina con vigencia en todo el territorio de la Comunidad (Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia). Com-partimos de esta forma con los demás países miembros de la Comunidad Andina una regulación jurídica universal que es instrumento necesario para garantizar el establecimiento de un mercado único entre los países miembros sin obstáculos para el intercambio comercial de mercancías y servicios⁴⁹.

Luego, en el caso de Perú y Colombia, cada uno de ellos procedió a suscribir con Estados Unidos un tratado de libre comercio (Perú en 2009, Colombia en 2012), que incorpora disposiciones que refuerzan los derechos de propiedad intelectual y la patente farmacéutica.

2.2 Solución de controversias sobre patentes farmacéuticas en la OMC

Una diferencia de gran trascendencia en cuanto a la aplicación y práctica de los tratados internacionales del ámbito del didh, por una parte, y del Acuerdo de la omc, por otra, radica en que este último contempla y aplica con efectividad un mecanismo de solución de diferencias comerciales de carácter vinculante y obligatorio, mientras que para los primeros, si bien ellos contemplan el meca-nismo de quejas entre Estados, el mismo nunca se ha implementado, habiéndose aplicado en su lugar el mecanismo de queja o denuncia de particulares en contra de los Estados, con una aplicación mucho más acotada y limitada.

En el caso de la OMC, respecto de cualquier diferencia que pudiere surgir en la interpretación y aplicación de sus acuerdos comerciales, sus Estados miembros disponen del mecanismo de solución de diferencias comerciales ante el osd.

Este procedimiento se compone de diversas etapas: primero, la solicitud de celebración de consultas, cuando un país reclama contra la conducta de otro y solicita “sentarse a conversar” con él; segundo, de no alcanzar una negociación sobre la diferencia, el reclamante pide la “constitución del Gru-po Especial” –panel de expertos–, que elaborará un informe resolviendo la diferencia, haciendo las veces de tribunal de primera instancia; tercero, de existir disconformidad de una parte o de ambas por la resolución del Grupo Especial, el asunto pasa al Órgano de Apelación, cuya decisión final resuelve el litigio y le recomienda al perdedor la aplicación de determinadas medi-das a fin de dejar de transgredir el Acuerdo de la omc; y finalmente, si esta recomendación no se cumple en un plazo determinado, el reclamante puede solicitar la aplicación de sanciones comerciales al perdedor o “retorsiones”.

⁴⁹ JIMÉNEZ-VALDERRAMA, F. La protección jurídica de los productos y procedimientos farmacéuticos – Régimen comunitario andino, el Acuerdo adpic y los tratados de libre comercio de Colombia con los Estados Unidos y con la Unión Europea. *Vniversitas*. N.º 124, 2012, 205.

A continuación se sistematizan las 10 reclamaciones de solución de diferencias comerciales referidas específicamente a patentes de productos farmacéuticos⁵⁰ que hasta la fecha han sido presentadas ante el osd⁵¹.

CUADRO n.º 2

RECLAMANTE/ DEMANDADO	CARÁTULA PROCEDIMIENTO SOLUCIÓN DE DIFERENCIA	TERCEROS	MATERIA DE LA RECLAMACIÓN	ETAPA ALCANZADA ANTE EL OSD
Estados Unidos c. Pakistán (DS36, de 1996)	Pakistán – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura	No hay	Inexistencia en Pakistán de una protección mediante patente de los productos farmacéuticos	Solución mutuamente convenida
Estados Unidos c. India (DS50, de 1996)	India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura	Comunidades Europeas	Presunta inexistencia en India de protección mediante patente de los productos farmacéuticos	Informe del Órgano de Apelación
Comunidades Europeas vs. India (DS79, de 1997)	India – Protección mediante patente de los productos	Estados Unidos	Presunta inexistencia en India de protección	Informe del Grupo Especial

⁵⁰ Allard Soto, *supra*, nota 7.

⁵¹ Información detallada de cada una de estas controversias se encuentra disponible en el sitio electrónico de la Organización Mundial del Comercio: Lista cronológica de las diferencias. [En línea]. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

	farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura		mediante patente para los productos farmacéuticos	
Comunidades Europeas c. Canadá (DS114, de 1997)	Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos	Australia, Brasil, Colombia, Cuba, India, Israel, Japón, Polonia, Suiza, Tailandia, Estados Unidos	Presunta falta de protección de invenciones en el sector de productos farmacéuticos por Canadá, que incorpora en su Ley de Patentes la excepción basada en el examen reglamentario y la excepción basada en la acumulación de existencias	Informe del Grupo Especial y posterior laudo arbitral sobre plazo prudencial para aplicar recomendaciones y resoluciones del osd
Canadá c. Comunidades Europeas (DS153, de 1998)	Comunidades Europeas – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura	No hay	Incompatibilidad de los reglamentos (n.º 1768/92 del Consejo Europeo y n.º 1610/96 del Parlamento Europeo) de las Comunidades Europeas, que elaboran un sistema	No se ha establecido un Grupo Especial y no se ha notificado la supresión de las medidas ni una solución mutuamente convenida

			de prórroga de la duración de la patente limitado a los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura	
--	--	--	--	--

* Fuente: elaboración propia, a partir de datos disponibles en OMC⁵².

2.3 Debate sobre el acceso a medicamentos en el OSD

Resulta ilustrativo dar cuenta de los casos sometidos ante el osd sobre patentes farmacéuticas⁵³, en el ámbito específico del acceso a los medicamentos esenciales, cuya evaluación permite formular las siguientes observaciones principales:

1. En estas controversias suele señalarse el enfrentamiento entre derechos de propiedad intelectual promovidos en defensa de empresas farmacéuticas, por una parte, y requerimientos de protección de la salud pública, por otra, involucrando aspectos cruciales del acceso a los medicamentos⁵⁴.

En la controversia que enfrentó a las Comunidades Europeas con Canadá (DS114, de 1997) se consagra por el osd la *excepción basada en el examen reglamentario o "cláusula Bolar"*⁵⁵, de mucha relevancia en la actualidad. Esta disputa se origina por la incorporación en la Ley de Patentes de Canadá de la disposición relativa al examen reglamentario –art. 55.2(1)–, dirigida a permitir que un tercero, no titular de la patente, importe, fabrique y utilice un producto patentado antes de su expiración, con el solo objeto de obtener la autorización de comercialización ante la autoridad sanitaria respectiva. Con ello se acelera el proceso de registro sanitario y se facilita la entrada del medicamento genérico en el mercado para su

⁵² Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

⁵³ ALLARD SOTO, *supra*, nota 7.

⁵⁴ ALLARD SOTO, R. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica*. Vol. 21, n.º 1, 2015, 86-89.

⁵⁵ Cláusula denominada "Bolar" en referencia a la disputa judicial ventilada en Estados Unidos en 1983, *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical* (733 F.2d 858, Fed. Cir. 1984), que enfrentó a Bolar, una empresa manufacturera de medicamentos genéricos, con Roche, importante compañía farmacéutica de productos patentados, entre ellos, del fármaco "Valium". Antes de que expirase la patente detentada por Roche, Bolar usó el químico patentado por Roche en experimentos científicos con miras a obtener la aprobación de la fda de su versión genérica del producto "Valium". Bolar argumentaba que el uso del producto patentado no constituía infracción de la ley de patentes de Estados Unidos por encontrarse bajo el amparo de la excepción para fines experimentales. La Corte de Apelaciones del Circuito Federal rechazó la argumentación de Bolar señalando que la excepción por uso experimental no era aplicable a este caso por cuanto Bolar pretendía vender su producto genérico en competencia con el medicamento "Valium" de Roche, una vez que expirara la patente, y por ende el experimento de Bolar tenía interés comercial.

venta tan pronto expire la patente farmacéutica⁵⁶, disposición que el osd en definitiva consideró com-patible con el Acuerdo sobre los adpic. Así se evita un aprovechamiento de la patente farmacéutica por parte de su titular por un período superior a los 20 años contemplados en el Acuerdo sobre los adpic.

Por su parte, en la controversia que enfrentó a Estados Unidos con Brasil (DS199, de 2000), en plena crisis del vih/sida en el gigante suramericano, se somete a discusión ante el osd la facultad de los Estados miembros para incluir disposiciones en su legislación nacional que habiliten la expedición de *licencias obligatorias*⁵⁷. Estados Unidos reclama que la disposición in-corporada por Brasil en el artículo 68 de la Ley de Propiedad Industrial (Ley 9.279 de 1996) es incompatible con las disposiciones del Acuerdo sobre los adpic. Esta norma fija un requisito de “explotación local” –producción en el territorio de Brasil del producto patentado, y no su importación desde el exterior–, que subordina el disfrute de derechos exclusivos de patente sobre el producto (ej.: medicamento) a su producción dentro del territorio brasileño.

En caso contrario, el gobierno de Brasil queda habilitado para conceder eventualmente una licencia obligatoria si el producto no se “explota” en su territorio, impidiendo así el incremento del precio que el titular de la patente genera al importar su producto desde el exterior. En definitiva, en este caso se alcanzó una solución mutuamente convenida entre ambos países, en la que Brasil se comprometió a celebrar conversaciones previas con Estados Unidos en caso de considerar necesario aplicar el artículo 68 para conceder una licencia obligatoria relativa a patentes de empresas de Estados Unidos.

Asimismo, hay dos emblemáticas controversias –India c. Unión Europea y los Países Bajos (DS 408, de 2010) y Brasil c. Unión Europea y los Países Bajos (DS409, de 2010)– que atañen al “corazón” del acceso a medicamentos a nivel internacional, relativo a la *producción y exportación de medicamentos genéricos*. Ambas se basan en reclamaciones de India y Brasil, respectivamente, por reiteradas confiscaciones de despachos de medicamentos genéricos originarios de India en puertos y aeropuertos de los Países Bajos, cuando se encontraban en tránsito a terceros países, todos países en desarrollo (Nigeria, Colombia, Perú y Brasil, entre otros). Las confiscaciones se basan en la “ficción de la fabricación”: medicamentos genéricos fabricados en India y en tránsito a terceros países fueron tratados como si se hubieran fabricado en los Países Bajos, con independencia de la situación de la patente del medicamento en los países de origen y destino. Las patentes presuntamente vulneradas correspondían a Novartis, Glaxo, Merck, Eli Lilly, Sanofi-Aventis y E. I. Dupont de Nemours. Ambas controversias, luego de la solicitud de celebración de consultas, no registraron desarrollo posterior ante el osd.

2. La gran mayoría de estas controversias dan cuenta de reclamaciones en que se confrontan los intereses de países desarrollados poseedores de una poderosa industria farmacéutica y de países en desarrollo: Estados Unidos c. Pakistán (DS36, de 1996); Estados Unidos c. India (DS50, de 1996); Comunidades Europeas c. India (DS79, de 1997); Estados Unidos c. Argentina (DS171, de 1999); Estados Unidos c. Argentina (DS196, de 2000); Estados

⁵⁶ ALLARD SOTO, *supra*, nota 59.

⁵⁷ Por licencia obligatoria se entiende el permiso que da un gobierno para producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente, regulado en el artículo 31 del Acuerdo sobre los adpic.

Unidos c. Brasil (DS199, de 2000); India c. Unión Europea y Países Bajos (DS408, de 2010); Brasil c. Unión Europea y los Países Bajos (DS409, de 2010).

En ocho de los diez casos se da esta circunstancia de controversias entre países desarrollados y países en desarrollo, siendo importante destacar que en la mitad de ellos (4 de 8) se encuentran involucrados países suramericanos (Argentina en dos controversias y Brasil en otras dos).

3. Varias controversias implican la adecuación y modificación de la legislación interna del Estado miembro de la omc –en calidad de demandado– a las normas del Acuerdo sobre los adpic, lo que da cuenta de las implicaciones y trascendencia de este mecanismo de solución de diferencias comerciales de la omc, y que no se da en el sistema de derechos humanos en que se han implementado las quejas individuales de particulares contra Estados una vez agotadas las instancias internas de protección, pero no se ha dado aplicación a las quejas entre Estados en el sistema de protección de los derechos humanos. Controversias de este tipo de casos ante el osd son: Estados Unidos c. India (DS50, de 1996); Comunidades Europeas c. India (DS79, de 1997); Comunidades Europeas c. Canadá (DS114, de 1997); Estados Unidos c. Argentina (DS196, de 2000).

4. Otras controversias dan cuenta de la colisión, en sede comercial, del derecho de propiedad intelectual reivindicado por países desarrollados, por una parte, con el derecho a la salud y la obligación básica de los países en desarrollo de facilitar a su población el acceso a medicamentos esenciales, por la otra⁵⁸. Ejemplos de ello son Estados Unidos c. Brasil (DS199, de 2000); India c. Unión Europea y los Países Bajos (DS 408, de 2010); Brasil c. Unión Europea y Países Bajos (DS409, de 2010), previamente reseñados.

Por tanto, es importante tener en cuenta que el osd corresponde a sede comercial y no a sede de protección de derechos humanos, toda vez que casos significativos para el acceso a medicamentos pueden quedar sin registro formal de progreso –constitución de Grupo Especial, adopción de una solución mutuamente convenida u otra–, en la omc –Canadá c. Comunidades Europeas (DS153/1998); India c. Unión Europea y los Países Bajos (DS 408/2010); Brasil c. Unión Europea y los Países Bajos (DS409/2010).

3 DESAFÍOS PARA SURAMÉRICA

3.1 UNASUR y el CSS

Las obligaciones asumidas por todos los Estados de Suramérica en materia de derecho a la salud, y específicamente en lo relativo a facilitar a sus poblaciones el acceso a medicamentos esenciales en el marco del pidesc, requieren ser enfrentadas por estos países como bloque, de manera convergente e integrada, atendidas las graves dificultades que enfrentan en este ámbito, con un enfoque de derechos para sus habitantes y una voz conjunta ante instancias internacionales.

⁵⁸ALLARD SOTO, *supra*, nota 7.

A la luz de las dificultades mencionadas en este trabajo, primero referidas a la colisión de derechos en tratados internacionales que dificulta el acceso de sus poblaciones a medicamentos esenciales, y luego al impacto que ha generado el fortalecimiento a nivel mundial de la patente farmacéutica, causa expectación el surgimiento de Unasur en el año 2008, y en especial la proyección que pueda generar el css, por constituir un espacio de integración diferente a acuerdos regionales como el Mercosur y la can, aun cuando su proceso de integración⁵⁹ parte de la base de los logros y avances del Mercosur y la can.

Unasur representa un esfuerzo conjunto sin precedentes al constituir un tratado internacional que incorpora a los doce países de Suramérica, cuenta entre sus objetivos principales la cooperación política en materia de salud, y formula una propuesta de integración regional con base en la definición de la salud como un derecho social. De ahí su relevancia para fortalecer el acceso a medicamentos esenciales, al constituir, como lo destacan Herrero y Tussie⁶⁰, un espacio de socialización para la construcción de consensos y el establecimiento de intereses comunes.

En definitiva, Unasur recupera la salud no solo como un problema sanitario y de políticas públicas sino, fundamentalmente, como uno de derechos y de gobernanza⁶¹. Diferente al enfoque y perspectiva en que se aborda la salud en el Mercosur y la can, marcando una diferencia normativa en relación con aquellas experiencias⁶². Para Riggiozzi y Grugel, Unasur se encuentra desarrollando una forma híbrida de legitimidad que se centra en resultados y se basa en una visión normativa de su papel en la provisión de bienes públicos regionales, a saber, democracia, derechos humanos y la erradicación de la pobreza⁶³.

La relevancia otorgada al acceso a medicamentos esenciales en el css queda demostrada al definir su plan de acción coordinado por grupos de trabajo temáticos en cinco programas, siendo uno de ellos el acceso universal a medicamentos⁶⁴. El agrupar a los doce países en esta instancia, con un enfoque priorizado en el derecho a la salud, en nuestro concepto está llamado a fortalecer, desde la convergencia y la unidad suramericana, la obligación de cumplir que ha suscrito cada Estado signatario del pidesc de facilitar el acceso a medicamentos esenciales, en sintonía con las directrices emanadas del Comité del pidesc en su Observación General n.º 14 de 2000.

Para ilustrar las enormes proyecciones de Unasur en materia de acceso a medicamentos esenciales, nos parece necesario distinguir entre las acciones de fomento de

⁵⁹ El preámbulo del tratado constitutivo de Unasur contiene el siguiente texto: “entienden que la integración suramericana debe ser alcanzada a través de un proceso innovador, que incluya todos los logros y lo avanzado por los procesos de Mercosur y la can, así como la experiencia de Chile, Guyana y Suriname, yendo más allá de la convergencia de los mismos”.

⁶⁰ HERRERO, M.; TUSSIE, D. Unasur health: A quiet revolution in health diplomacy in South America. *Global Social Policy*. Vol. 15, n.º 3, 2015, 267-268.

⁶¹ BUSS, P.; DO CARMO LEAL, M. Global health and health diplomacy. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 25, n.º 12, 2009.

⁶² FARIA, M.; GIOVANELLA, L.; BERMÚDEZ, L. A Unasul na Assembleia Mundial da Saúde: posicionamentos comuns do Conselho de Saúde Sul-Americano. *Saude Debate*. Vol. 39, n.º 107, 2015, 920-934.

⁶³ RIGGIROZZI, P.; GRUGEL, J. Regional governance and legitimacy in South America: The meaning of Unasur. *International Affairs*. Vol. 91, n.º 4, 2015, 782.

⁶⁴ UNASUR. *Plan Quinquenal, 2010-2015*, 2010. Disponible en: [http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/1/bb\[67\]ling\[2\]anx\[147\].pdf](http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/1/bb[67]ling[2]anx[147].pdf)

la cooperación horizontal o intrarregional que lleva a cabo, por una parte, y aquellas relativas al ejercicio de la diplomacia transversal o extrarregional, por otra⁶⁵.

3.2 Cooperación intrarregional y diplomacia transversal

A continuación destacamos aquellos desafíos en curso que se encuentran en sintonía con el cumplimiento de obligaciones asumidas por nuestros Estados en el marco del derecho a la salud frente al impacto generado en Suramérica por el cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos de propiedad intelectual.

1. *La cooperación horizontal o intrarregional.* Aquí destaca la adopción de acciones de cooperación y el impulso a políticas comunes al interior del bloque regional, en fase de implementación. En esta línea se insertan alternativas para avanzar hacia una soberanía suramericana de medicamentos en el ámbito del Grupo de Trabajo de Acceso Universal a Medicamentos⁶⁶.

En ella destaca el Banco de Precios de Medicamentos de Unasur, cuyo objetivo es la creación de una red de información sobre compras que apoye la toma de decisiones en todo el continente y garantice el acceso de la población a medicamentos⁶⁷. Con ello se pretende fortalecer la capacidad de los países miembros de Unasur en la gestión de los procesos de adquisición de medicamentos, servir de apoyo al control de precios –al disponer de un sistema informatizado de precios de compras de medicamentos y datos vinculados– y, en definitiva, apoyar la capacidad negociadora frente a los oferentes.

También cabe destacar el “Mapa de las capacidades regionales para la producción de medicamentos”, dirigido a identificar la capacidad industrial en la región para el diseño de políticas públicas de medicamentos, que permita avanzar hacia una soberanía productiva regional en la producción de medicamentos. Para fomentar el acceso a vacunas y medicamentos a través de políticas comunes de producción de medicamentos, el CSS en su VII Reunión, en octubre de 2012, aprobó la identificación de las capacidades industriales existentes en la región⁶⁸.

Por último, se proyecta el desarrollo de un complejo de producción de salud que permita el acceso a medicamentos de grupos vulnerables. Para Herrero y Tussie este objetivo es posible de alcanzar, haciendo notar que Argentina ha fortalecido su producción pública de medicamentos y que Brasil es reconocido por su producción de medicamentos genéricos⁶⁹.

Por tanto, los esfuerzos que Unasur realiza en el ámbito del acceso a medicamentos para vincular la elaboración de políticas con enfoques basados en derechos⁷⁰ van en la

⁶⁵ RIGGIROZZI, P. UNASUR: construcción de una diplomacia regional en materia de salud a través de políticas sociales. *Estudios Internacionales*. Vol. 47, n.º 181, 2015, 43.

⁶⁶ Documento “Acceso Universal a Medicamentos en Unasur: Banco de Precios y Mapero de Capacidades Productivas”, de Mariana Faria, Coordinadora de Relaciones Internacionales isags. Disponible en: http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=31757&Itemid=270&lang=es

⁶⁷ Informe del isags, disponible en: [http://www.isags-unasur.org/uploads/eventos/ev\[3117\]ling\[2\]anx\[569\].pdf](http://www.isags-unasur.org/uploads/eventos/ev[3117]ling[2]anx[569].pdf)

⁶⁸ RIGGIROZZI, *supra*, nota 69, 44.

⁶⁹ HERRERO Y TUSSIE, *supra*, nota 64, 270.

⁷⁰ RIGGIROZZI Y GRUGEL, *supra*, nota 67, 782.

dirección correcta, y nuestros Estados suramericanos deben perseverar en la ejecución de estas acciones de cooperación.

2. Diplomacia transversal o extrarregional. Como destaca Riggiozzi, este aspecto constituye sin lugar a dudas un factor novedoso en relación con el regionalismo del Mercosur o de la can, dado que Unasur opera como bloque en decisiones en el marco de la oms y frente a farmacéuticas internacionales⁷¹. Sin duda fortalece las posiciones de Suramérica, de manera que al liderazgo de Brasil en el ámbito internacional, y específicamente en la temática del acceso a medicamentos –como se pudo observar en el apartado I al abordar las controversias ante el osd–, ahora se suma un poder colectivo que fortalece las posiciones de los Estados de Suramérica en su peso relativo en el concierto global.

De manera que al diseño y desarrollo de políticas comunes en el ámbito de la cooperación horizontal o intrarregional, se suma la participación como bloque regional con posiciones comunes que fortalecen su influencia y peso relativo en las discusiones y negociaciones en el ámbito multilateral de los países de Suramérica.

La influencia regional ahora adopta un peso sustancial relevante que fortalece de mucho mejor manera su peso específico en la oms, y concretamente en la ams. Faria, Giovanella y Bermúdez identificaron las resoluciones de la ams sobre las cuales Unasur presentó posicionamientos comunes en el período comprendido entre 2010 y 2014. En 2010, las dos resoluciones de posición común del css estaban relacionadas con la producción de medicamentos. En los años siguientes, ese tema se mantuvo en el foco de los posicionamientos comunes del bloque, pero pasó a ser acompañado de otros, como el Reglamento Sanitario Internacional, en 2011 y 2014; la reforma de la oms, en 2012 y 2013; y los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en 2013 y 2014⁷².

Esta unión permite generar estrategias regionales en apoyo a la coordinación de posiciones comunes de los países de Suramérica en los foros multilaterales, fortaleciendo la actuación en bloque como “jugador” global en salud⁷³.

El css tiene un papel instrumental de alto perfil en la diplomacia global desarrollando posiciones comunes ante la oms⁷⁴. Como lo corroboran Faria, Giovanella y Bermúdez, gracias a este posicionamiento colectivo el Consejo Suramericano de Salud está ocupando todos los espacios de la oms a partir de diferentes estrategias operativas. Además de la presentación de posiciones comunes en la ams, Unasur ha reforzado su representación en su Consejo Ejecutivo. Los Estados miembros de Unasur actualmente ocupan la mitad de las seis vacantes para la región de las Américas. Tiene importancia estratégica el fortalecer la presencia del bloque en el Consejo Ejecutivo para asegurar que aquellos temas considerados prioritarios por los países de Suramérica sean incorporados en tabla en la siguiente sesión de la ams⁷⁵.

En definitiva, las acciones de nivel horizontal o intrarregional mencionadas previamente en este apartado complementan una diplomacia transversal o extrarregional exitosa. Por ejemplo, las acciones intrarregionales destinadas a fortalecer la capacidad

⁷¹ RIGGIROZZI, *supra*, nota 69, 43.

⁷² FARIA; GIOVANELLA; BERMÚDEZ, *supra*, nota 66, 926-931.

⁷³ FARIA; GIOVANELLA; BERMÚDEZ, *supra*, nota 66, 921.

⁷⁴ HERRERO; TUSSIE, *supra*, nota 64, 269; Faria, Giovanella y Bermúdez, *supra*, nota 66.

⁷⁵ FARIA; GIOVANELLA; BERMÚDEZ, *supra*, nota 66, 925.

industrial propia en el marco de Unasur consolidarán las negociaciones conjuntas con compañías farmacéuticas para la adquisición de vacunas y medicamentos.

Los países de Unasur se han comprometido a abstenerse de comprar medicamentos por encima de los precios fijados por el fondo de la Organización Panamericana de la Salud, en un intento por evitar que intereses comerciales circunstanciales se aprovechen del pánico y la incertidumbre provocados por la irrupción de epidemias⁷⁶.

3.3 Cooperación sur-sur y TLC suscritos con normas APDIC PLUS

El desafío en Suramérica es de envergadura en materia de acceso a medicamentos esenciales, en razón del impacto que supuso el Acuerdo sobre los adpic. En nuestro concepto, las acciones en Unasur se orientan en la dirección correcta y la fortalecen como bloque regional, unido a la conveniencia de impulsar acciones de cooperación Sur-Sur entre los países de este hemisferio, teniendo en cuenta el predominio de patentes farmacéuticas detentadas por titulares privados del hemisferio norte.

Sin embargo, las actuaciones y obligaciones asumidas por los países de Suramérica en materia de acceso a medicamentos esenciales en este ámbito son disímiles. Para ilustrar esto, a continuación se aborda, primero, el decidido impulso de Brasil a la cooperación Sur-Sur, y por otra parte, el contraste que representa la suscripción por parte de Chile, Perú y Colombia, con Estados Unidos, de un tlc que contiene normas adpic Plus en materia de acceso a medicamentos esenciales.

3.3.1 La cooperación sur-sur y la influencia de Brasil

A nivel suramericano destacan los esfuerzos desplegados por Brasil para impulsar la influencia del hemisferio sur en el acceso a medicamentos y en el fortalecimiento de la cooperación Sur-Sur. Ha sido un país influyente en el ámbito farmacéutico a nivel mundial por más de 50 años, de manera que no puede extrañar el protagonismo que ha asumido en el contexto del debate sobre el comercio y los derechos humanos.

Junto a India –líder mundial en producción de medicamentos genéricos⁷⁷– y otros países del hemisferio sur, como Sudáfrica, Brasil fue activo impulsor de la Declaración de Doha ante el osd con motivo de la interpretación y aplicación de las normas del Acuerdo sobre los adpic. Y con India se ha asociado estratégicamente en el ámbito del acceso a medicamentos, como se manifiesta en las controversias sometidas ante el osd en contra de la Unión Europea y los Países Bajos (DS408 y DS409).

Asimismo, Brasil ha estado presente como actor principal –desde antes del papel asumido por Unasur como bloque regional en el ámbito de la diplomacia transversal o extrarregional–, liderando e influyendo en muchos debates en el ámbito multilateral, especialmente en la oms. Esto queda de manifiesto en el Grupo de Trabajo intergubernamental sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual, de la oms, siendo

⁷⁶ HERRERO; TUSSIE, *supra*, nota 64, 270.

⁷⁷ GREENE, *supra*, nota 15, pp. 253-260.

actor relevante en to-das las deliberaciones, discusiones y resoluciones que en el marco de la oms se han dado y de las cuales da cuenta Howard Zucker, ex representante del Director General de la oms en Materia de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública⁷⁸. Compartirá causa en estas discusiones y deliberaciones con otros países del hemisferio sur, como Kenia y Tailandia, por ejemplo.

También queda de manifiesto en sus actuaciones en negociaciones sobre diferentes iniciativas en salud con un papel de liderazgo. Impulsa la Inicia-tiva sobre Política Exterior y Salud Mundial; la implementación del Código Global de la oms de Práctica en el Reclutamiento de Personal de Salud; y en la Alianza Mundial para la Fuerza Laboral de Salud, entre otras iniciativas de carácter global⁷⁹.

También cabe mencionar acciones de cooperación internacional Sur-Sur que ha desarrollado Brasil con países de África. Aquí es de señalar la fábrica de producción de medicamentos antirretrovirales para el vih/sida instalada en Mozambique, país sin producción farmacéutica previa, y donde el proyecto impulsado desde el año 2003 ha contado con el apoyo científico y técnico de Brasil⁸⁰.

De manera que el papel que se encuentra llamado a cumplir Brasil, en razón de su capacidad de producción de medicamentos y de la influencia que ha ejercido en el ámbito de la diplomacia en materia de salud global, es de gran relevancia para Unasur, para la cooperación con el resto de los países del conglomerado, y también para fortalecer e impulsar las relaciones de cooperación Sur-Sur con los países de este hemisferio.

3.3.2 TLC suscritos por Chile, Perú y Colombia con Estados Unidos

En paralelo, algunos países del continente –Chile, Perú y Colombia– han cripción de tlc de carácter bilateral que generan inquietud en el ámbito de la salud pública, debido a la asimetría de poder económico existente entre un país desarrollado y un país en desarrollo, que permite a Estados poderosos disponer de una vía alternativa para la creación de normas deseadas por ellos que no serían capaces de negociar con éxito a nivel multilateral⁸¹.

De tal manera, los tlc que suscriben países en desarrollo con países desa-rrrollados a cambio de la apertura de mercados relevantes, suelen contemplar entre sus disposiciones

⁷⁸ ZUCKER, H. Negotiating in the World Health Organization: The Intergovernmental Working Group on Intellectual Property, Innovation, and Public Health. En: Roskam, E. y Kickbusch, L. (eds.). *Negotiating and navigating global health: Case studies in global health diplomacy*. Vol. 2. Singapur: World Scientific Publishing Co., 2012, 249-276.

⁷⁹ ROSSKAM; KICKBUSCH, *supra*, nota 82.

⁸⁰ RUSSO, G.; DE OLIVEIRA, L. South-South collaboration in pharmaceuticals: Manufac-turing anti-retroviral medicines in Mozambique. En: Mackintosh, M., Banda, G., Wamae, W. y Tibandebage, P. (eds.). *Making medicines in Africa: The political economy of industrializing for local health*. New York: Palgrave Macmillan, 2016, 85-102.

⁸¹ MORIN, J. F. Multilateralizing trips-Plus Agreements: Is the US strategy a failure? *The Journal of World Intellectual Property*. Vol. 12, n.º 3, 2009, 176.

normas adpic Plus⁸², en ámbitos de interés para sus respectivas industrias, entre ellas, la poderosa industria farmacéutica.

Estas normas hacen referencia a aquellas disposiciones que fijan estándares de propiedad intelectual más elevados que el Acuerdo sobre los adpic, o bien que eliminan o limitan las “flexibilidades adpic”, lo cual inquieta desde la perspectiva del didh, al generar potencialmente sistemas de propiedad intelectual incompatibles con las obligaciones que asumen los Estados en virtud de las normas de derechos humanos⁸³.

Como precisa Thomas⁸⁴, con posterioridad al Acuerdo sobre los adpic Estados Unidos comenzó a suscribir una serie de tlc de carácter bilateral, requiriendo a sus contrapartes el cumplimiento de estándares en materia de patentes que exceden las obligaciones que asumen los Estados miembros de la omc en el Acuerdo sobre los adpic.

Ello ha ocurrido en los tlc que Estados Unidos ha celebrado con Chile⁸⁵ (2003) , Perú⁸⁶ (2009) y Colombia⁸⁷ (2012), y que se encuentran vigentes. En ellos⁸⁸ se han incorporado disposiciones relevantes en el capítulo relativo a los derechos de propiedad intelectual, que pueden afectar negativamente el acceso a medicamentos y que van más allá de las obligaciones que asumen los Estados en el Acuerdo sobre los adpic⁸⁹.

En nuestro concepto, destacan en este ámbito las disposiciones referidas al incremento del ámbito de aplicación de la materia patentable; la protección de datos de prueba; la extensión del plazo de protección de la patente por demoras injustificables o retrasos irrazonables durante su otorgamiento, o bien para compensar la reducción injustificada o irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de autorización de comercialización del medicamento; y la vinculación del registro sanitario de autorización de comercialización de un medicamento con la patente farmacéutica.

De partida, los tlc de Estados Unidos con Chile, Perú y Colombia contienen una disposición que interpreta el sentido y alcance de los términos “actividad inventiva” y “susceptibles de aplicación industrial” del artículo 27 del Acuerdo sobre los adpic⁹⁰, dirigida a incrementar el ámbito de aplicación de la materia patentable: “Para los efectos de este artículo, una Parte podrá considerar las expresiones ‘actividad inventiva’ y ‘susceptibles de

⁸² Las normas adpic Plus incluyen: la vinculación o “linkage” entre el registro sanitario de autorización comercial de medicamentos y la protección de patentes; condiciones altamente restrictivas para la expedición de licencias obligatorias; la ampliación de la duración de la patente; la exclusividad de datos de prueba; restringir las excepciones que facilitan la introducción rápida de medicamentos genéricos como la cláusula Bolar, entre otros.

⁸³ NACIONES UNIDAS, *supra*, nota 41.

⁸⁴ THOMAS, *supra*, nota 20, 615-616.

⁸⁵ SCHMITZ VACCARO, C. *Propiedad intelectual a la luz de los tratados de libre comercio*. Santiago: LexisNexis, 2005.

⁸⁶ CORREA, C. El Acuerdo de Promoción Comercial del Perú con los Estados Unidos desde el punto de vista de los países en desarrollo. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Vol. 2, n.º 3, 2006; Llamaza, J. Tratados comerciales y acceso a medicamentos en el Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*. Vol. 26, n.º 4, 2009.

⁸⁷ CRISTANCHO ESCOBAR, F. La propiedad intelectual en los acuerdos adpic Plus suscritos por Colombia: una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad. *Revista ces Derecho*. Vol. 8, n.º 1, 2017, 124-138.

⁸⁸ TOLE, J. Los tlc de Estados Unidos con países latinoamericanos: un modelo de integración económica “superficial” para el continente americano. *Derecho del Estado*. N.º 30, 2013, 251-300.

⁸⁹ Gómez, M., López, M. y Araújo, A. Los adpic Plus en los actuales tratados bilaterales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo. *Revista de Economía Mundial*. N.º 20, 2008, 23-48.

⁹⁰ Acuerdo sobre los adpic, art. 27, Materia Patentable, *supra*, nota 5.

aplicación industrial' como sinónimos de las expresiones 'no evidentes' y 'útiles', respectivamente"⁹¹.

Controversial ha resultado la inclusión de disposiciones sobre protección o exclusividad de los datos de prueba por Estados Unidos por la vía de tratados bilaterales. Esta protección pretende mantener por un período de tiempo en secreto los datos de prueba del proceso de investigación de un medicamento. Para Gómez, López y Araújo⁹², la protección por cinco años perseguida por Estados Unidos tiene por objeto negar el acceso de esta información que fue el elemento sustancial de la creación de las patentes, al otorgar el monopolio por un tiempo determinado a cambio de que el titular de la patente, como contraprestación a la sociedad, suministre información (transferencia tecnológica) que permita el avance científico en el campo, lo que de esta manera termina siendo desvirtuado. Esto acaece en los tlc de los tres países suramericanos con Estados Unidos⁹³.

La extensión del plazo de protección de la patente farmacéutica por demoras injustificadas o retrasos irrazonables durante su otorgamiento⁹⁴, o bien para compensar la reducción injustificada o irrazonable del plazo efectivo de la patente como resultado del proceso de autorización o aprobación sanitaria de comercialización⁹⁵, se aborda en los tlc con Estados Unidos, al igual que la vinculación del registro sanitario de autorización de comercialización con la patente farmacéutica⁹⁶.

■ CONCLUSIONES

El Acuerdo sobre los adpic produjo un fuerte impacto en Suramérica que se manifiesta en las controversias sobre patentes farmacéuticas de Brasil y Argentina ante el osd de la OMC.

Las normas de este acuerdo comercial provocaron dos efectos principales en la región: la reducción de la autonomía de sus países para diseñar políticas de propiedad intelectual ajustadas a sus propios niveles de innovación y desarrollo económico, y el fortalecimiento de los estándares mínimos de protección de las patentes farmacéuticas, habitualmente en manos de empresas farmacéuticas globales con casa matriz en Estados Unidos o Europa.

Sus consecuencias en el acceso a medicamentos esenciales se han hecho sentir, afectando especialmente a la población más vulnerable que no cuenta con seguridad social para adquirirlos, o bien imposibilitando un sostenido financiamiento de los medicamentos esenciales por parte de los sistemas de seguridad social crecientemente deficitarios.

⁹¹ tlc Chile-Estados Unidos, art. 17.9.1; tlc Perú-Estados Unidos, art. 16.9.1; tlc Colombia-Estados Unidos, art. 16.9.1.

⁹² GÓMEZ; LÓPEZ; ARAÚJO, *supra*, nota 93, 37-38.

⁹³ tlc Chile-Estados Unidos, art. 17.10.1; tlc Perú-Estados Unidos, arts. 16.10.2(a), (b), (c) y (d); 16.10.4 (a), (b), (c) y (d), y 16.10.5; tlc Colombia-Estados Unidos, arts. 16.10.1 (a), (b) y (c) y 16.10.2.

⁹⁴ tlc Chile-Estados Unidos, art. 17.9.6; tlc Colombia-Estados Unidos, art. 16.9.6 (a).

⁹⁵ tlc Chile-Estados Unidos, art. 17.10.2(a); tlc Perú-Estados Unidos, art. 16.9.6(c); tlc Colombia-Estados Unidos, art. 16.9.6(b).

⁹⁶ tlc Chile-Estados Unidos, art. 17.10.2(b); tlc Perú-Estados Unidos, arts. 16.10.3 (b) y (c) y 16.10.4 (a), (b), (c) y (d); tlc Colombia-Estados Unidos, art. 16.10.3 (b).

Sostenemos que, desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, la suscripción por países suramericanos de normas adpic Plus en tlc y acuerdos comerciales de carácter internacional, que confieren al titular de la patente farmacéutica más derechos que los previstos en el Acuerdo sobre los adpic, es incompatible con las obligaciones relativas al acceso a medicamentos esenciales que emanan del artículo 12 del pidesc, en el marco del derecho a la salud.

La necesidad de invertir en la producción regional de medicamentos esenciales se transforma en una obligación ineludible para los países de nuestra región. De tal manera, los avances en esta dirección del Consejo Suramericano de Salud de Unasur marcan un rumbo positivo que debe ser profundizado. Esto se encuentra avalado por el posicionamiento común de este bloque regional ante la oms, y por la intención de desarrollar negociaciones conjuntas con compañías farmacéuticas para la adquisición de vacunas y medicamentos.

Se requieren esfuerzos conjuntos de los países de Suramérica, de carácter permanente y sostenidos en el tiempo, para que puedan cumplir con las obligaciones asumidas con antelación a la creación de la omc, en el marco del derecho a la salud del pidesc, relativas a facilitar el acceso a medicamentos esenciales de sus poblaciones.

SIGLAS Y ABREVIATURAS UTILIZADAS

Acuerdo sobre los APDIC: acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio

AMS: asamblea mundial de salud

CAN: comunidad andina de naciones

CSS: consejo de salud suramericano

Declaración de Doha: Declaración relativa al acuerdo sobre los adpic y la salud pública

DIDH: Derecho internacional de los Derechos Humanos

FDA: Food and Drug administration

GATT: general agreement on trade and tariffs

ISAGS: instituto suramericano de gobierno en salud

MERCOSUR: mercado común del sur

OMC: organización mundial del comercio

OMS: organización mundial de la salud

ONU: organización de las naciones unidas

OSD: órgano de solución de Diferencias comerciales

PIDESC: pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales

TLC: tratado de Libre comercio

UNASUR: unión de naciones suramericanas

UNCTAD: conferencia de las naciones unidas sobre comercio y Desarrollo

UNICEF: Fondo de las naciones unidas para la infancia

VIH/SIDA: virus de la inmunodeficiencia Humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida

REFERÊNCIAS

ADELMAN, M.; RADER, R.; THOMAS, J. *Cases and materials on Patent Law*. 4.^a ed. Saint Paul, Minnesota: West Academic, 2015.

ALLARD NEUMANN, R. *La globalización por dentro: el Estado-Nación y los actores transnacionales*. Santiago: Catalonia, 2009.

_____. Globalización, rol del Estado y relaciones internacionales en el realismo de Robert Gilpin. *Estudios Internacionales*. Vol. 37, n.º 146, 2004, 5-39.

ALLARD SOTO, R. El acceso a los medicamentos: conflictos entre derechos de propiedad intelectual y protección de la salud pública. *Acta Bioethica*. Vol. 21, n.º 1, 2015.

_____. Medicamentos esenciales y Acuerdo sobre los adpic: colisión entre el derecho a la salud y el derecho de propiedad intelectual. *Salud Colectiva*. Vol. 11, n.º 1, 2015.

ARAGÃO, E.; GUIMARÃES, J. M.; LOUREIRO, S. The dissemination of local health innovations: Political economy issues in Brazil. En: Mackintosh, M., Banda, G., Wamae, W., y Tibandebage, P. (eds.). *Making medicines in Africa: The political economy of industrializing for local health*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.

BUSS, P.; DO CARMO LEAL, M. Global Health and Health Diplomacy. *Cadernos de Saúde Pública*. Vol. 25, n.º 12, 2009.

CORREA, C. Retroactividad del Acuerdo sobre los adpic a la luz de la protección de la salud pública. En: Seuba, X. (coord.). *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*. Barcelona: Bosch, 2008.

_____. El Acuerdo de Promoción Comercial del Perú con los Estados Unidos desde el punto de vista de los países en desarrollo. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Vol. 2, n.º 3, 2006.

CRISTANCHO ESCOBAR, F. La propiedad intelectual en los acuerdos adpic Plus suscritos por Colombia: una visión desde la teoría económica de los derechos de propiedad. *Revista CES Derecho*. Vol. 8, n.º 1, 2017.

DOMMEN, C. Raising Human Rights concerns in the World Trade Organization: Actors, processes and possible strategies. *Human Rights Quarterly*. Vol. 24, n.º 1, 2002, 1-50.

FARIA, M.; GIOVANELLA, L.; BERMÚDEZ, L. A Unasul na Assembleia Mundial da Saúde: posicionamentos comuns do Conselho de Saúde Sul -Americano. *Saude Debate*. Vol. 39, n.º 107, 2015.

FORSYTHE, D. *Human Rights in international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

GÓMEZ, M.; LÓPEZ, M.; ARAÚJO, A. Los adpic Plus en los actuales tratados bila-terales impulsados por Estados Unidos y consecuencias en los países en desarrollo. *Revista de Economía Mundial*. N.º 20, 2008.

GOSTIN, L. *Global health law*. Mass.: Harvard University Press, 2014.

GREENE, J. *Generic: The unbranding of modern medicine*. Baltimore: Johns Hop-kins University Press, 2016.

GUARDIA, A. *Desde el epicentro de la globalización*. Santiago: Universidad Diego Portales, 2011.

HERRERO, M. B.; TUSSIE, D. Unasur health: A quiet revolution in health diplomacy in South America. *Global Social Policy*, 2015.

HOGERZEIL, H. V.; SAMSON, M.; CASANOVAS, J. V; RAHMANI-OCORA, L. Is access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts? *The Lancet*. Vol. 368, n.º 9532, 2006.

HOMEDES, N.; UGALDE, A. El ciclo de los medicamentos: su impacto en el acceso y el uso adecuado. *Salud Colectiva*. Vol. 11, n.º 1, 2015.

IBRAHIM, A. International trade and Human Rights: An unfinished debate. *German Law Journal*. Vol. 14, n.º 1, 2013.

JIMÉNEZ-VALDERRAMA, F. La protección jurídica de los productos y procedimientos farmacéuticos – Régimen comunitario andino, el Acuerdo adpic y los Tratados de Libre Comercio de Colombia con los Estados Unidos y con la Unión Europea. *Universitas*. N.º 124, 2012.

JOSEPH, S.; KINLEY, D.; WAINCYMER, J. (eds.). *The World Trade Organization and Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*. Edward Elgar, 2009.

LANG, A. *World trade law after neoliberalism: Re-imagining the global economic order*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LLAMOZA, J. Tratados comerciales y acceso a medicamentos en el Perú. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*. Vol. 26, n.º 4, 2009.

MASKUS, K. Regulatory standards in the wto Comparing Intellectual Property Rights with Competition Policy. *World Trade Review*. Vol. 1, n.º 2, 2002.

MCINNES, C.; LEE, K. *Global health & international relations*. Cambridge: Polity Press, 2012.

MORIN, J. F. Multilateralizing trips-Plus Agreements: Is the US strategy a failure? *The Journal of World Intellectual Property*. Vol. 12, n.º 3, 2009.

NACIONES UNIDAS. Observación General n.º 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), de 2000, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, E/C.12/2000/4. Ginebra: Consejo Económico y Social, 2000.

_____. Consejo Económico y Social. *Consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio*. e/cn.4/Sub.2/2001/13, 2001. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/27-trips.pdf

_____. Asamblea General. *El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Nota del Secretario General*, A/61/338, 2006. Disponible en: <http://www.un.org/ga/61/third/documentslist.shtml>

_____. Consejo de Derechos Humanos. *Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental: Consulta de expertos sobre el acceso a los medicamentos como elemento fundamental del derecho a la salud*, A/hrc/17/43, 2011. Disponible en: http://ap.ohchr.org/documents/alldocs.aspx?doc_id=18540

PEREZ PUGATCH, M. *The international political economy of intellectual property rights*. Northampton, Mass.: Edward Elgar, 2004.

PETERSMANN, E. U. Human Rights and International Economic Law in the 21st Century: The need to clarify their interrelationships. *Journal of International Economic Law*. Vol. 4, n.º 1, 2001, pp. 3-39.

PLANT, R. *The Neo-liberal State*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

RIGGIROZZI, P. Unasur: construcción de una diplomacia regional en materia de salud a través de políticas sociales. *Estudios Internacionales*. Vol. 47, n.º 181, 2015.

RIGGIROZZI, P.; GRUGEL, J. Regional governance and legitimacy in South America: The meaning of Unasur. *International Affairs*. Vol. 91, n.º 4, 2015.

ROSSKAM, E.; KICKBUSCH, L. (eds.). *Negotiating and navigating global health: Case studies in global health diplomacy*. Vol. 2. Singapur: World Scientific Publishing, 2012.

RUSSO, G.; DE OLIVEIRA, L. South-South collaboration in pharmaceuticals: Manufacturing anti-retroviral medicines in Mozambique. En: Mackintosh, M., Banda, G., Wamae, W. y Tibandebage, P. (eds.). *Making medicines in Africa: The political economy of industrializing for local health*. New York: Palgrave Macmillan, 2016.

SCHMITZ VACCARO, C. *Propiedad intelectual a la luz de los tratados de libre comercio*. Santiago: LexisNexis, 2005.

SELL, S. Acuerdos de libre comercio con disposiciones adpic Plus y acceso a medi-camentos. En: Seuba, X. (coord.). *Salud pública y patentes farmacéuticas: cuestiones de economía, política y derecho*. Barcelona: Bosch, 2008.

THOMAS, J. *Pharmaceutical Patent Law*. Washington, DC: Bna Books, 2005.

TOLE, J. J. Los tlc de Estados Unidos con países latinoamericanos: un modelo de integración económica “superficial” para el continente americano. *Derecho del Estado*. N.º 30, 2013.

UNASUR. *Plan Quinquenal 2010-2015*. Disponible en: [http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/1/bb\[67\]ling\[2\]anx\[147\].pdf](http://www.isags-unasur.org/uploads/biblioteca/1/bb[67]ling[2]anx[147].pdf)

VLASSIS, A; RICHERI, L. Effects of the cdce on trade negotiations. *Cultural Di-versity in International Law*. New York: Routledge, 2014.

ZUCKER, H. Negotiating in the World Health Organization: The Intergovernmental Working Group on Intellectual Property, Innovation, and Public Health. En: Roskam, E. y Kickbusch, L. (eds.). *Negotiating and navigating global health: Case studies inglobal health diplomacy*. Vol. 2. Singapur: World Scientific Publishing, 2012.



CINCO LIÇÕES DE BOURDIEU PARA A CRIMINOLOGIA

BOURDIEU'S FIVE LESSONS FOR CRIMINOLOGY

VICTOR LUND SHAMMAS*

Tradução: FELIPE ARAÚJO CASTRO** | ANTÔNIO MIGUEL DANTAS DE ALMEIDA***

RESUMO

Utilizando-se de uma leitura atenta dos trabalhos de Pierre Bourdieu, eu ofereço cinco lições para a ciência do crime e da punição: (1) sempre historicizar; (2) dissecar categorias simbólicas; (3) levar em consideração os processos de incorporação; (4) evitar o pensamento estatal; e (5) estabelecer altos padrões de compromisso com a pesquisa. Eu ofereço exemplos ilustrativos, demonstro as implicações práticas das ideias de Bourdieu e aplico suas lições para uma crítica da criminologia ortodoxa.

Palavras-chave: Criminologia crítica; corporificação; historicização; Pierre Bourdieu; Teoria do estado.

ABSTRACT

Drawing on a close reading of Pierre Bourdieu's works, I offer five lessons for a science of crime and punishment: (1) always historicize; (2) dissect symbolic categories; (3) produce embodied accounts; (4) avoid state thought; and (5) embrace commitment. I offer illustrative examples and demonstrate the practical implications of Bourdieu's ideas, and I apply the lessons to a critique of orthodox criminology.

Keywords: Critical criminology; embodiment; historicization; Pierre Bourdieu; State theory.

* Doutor, Mestre e Bacharel em Sociologia pela University of Oslo (Noruega).
Pesquisador Senior do Work Research Institute (AFI) da Oslo Metropolitan University.
contact@victorshammas.com

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).
Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA).
felipecastro@ufersa.edu.br

*** Graduando em Direito pela UFERSA.
migueld_almeida@hotmail.com

Recebido em 8-12-2019 | Aprovado em 8-12-2019¹

¹ Artigo convidado. Publicado originalmente em inglês na *Law and Critique*, v. 29, n. 2, p. 201-219, 2018).



SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO E NOTAS DA TRADUÇÃO; INTRODUÇÃO; 1 LIÇÃO UM: HISTORICIZAR SEMPRE; 2 LIÇÃO DOIS: DISSECAR CATEGORIAS SIMBÓLICAS; 3 LIÇÃO TRÊS: LEVAR EM CONSIDERAÇÃO OS PROCESSOS DE INCORPORAÇÃO; 4 LIÇÃO QUATRO: EVITAR PENSAMENTO ESTATAL; 5 LIÇÃO CINCO: ESTABELECEER ALTOS PADRÕES DE COMPROMISSO COM A PESQUISA; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

APRESENTAÇÃO E NOTAS DA TRADUÇÃO

O texto *Cinco lições de Bourdieu para a criminologia*,² do professor norueguês Victor Lund Shammass, nasceu da constatação da tímida recepção da gramática sociológica de Pierre Bourdieu no campo da criminologia. Seu objetivo era, além de compreender as razões dessa recepção insuficiente, sublinhar os ganhos analíticos, cognitivos e empíricos da incorporação da sociologia reflexiva bourdieusiana para os estudos do crime e da pena.

A importância de sua tradução, por sua vez, reside no fato da percepção da repetição do quadro encontrado por Shammass – a recepção insuficiente da sociologia bourdieusiana –, agora no campo da criminologia nacional. É importante salientar que a ausência ou insuficiência da consideração de aspectos sócio-históricos na determinação do crime é mais marcante na sociologia tradicional ou institucionalizada, teorias e práticas mais a serviço da produção de uma literatura cinzenta que forneça dados quantitativos para legitimação das intervenções estatais, do que preocupadas com a crítica dessa atuação.

Porém, mesmo as abordagens materialistas e críticas da criminologia nacional, salvo raras exceções, ao levarem em consideração as “lições” depreendidas por Shammass da sociologia bourdieusiana, o fazem de maneira mais ou menos hermética: isoladas em problemas de pesquisa próprios, desenvolvidos por uma linguagem científica igualmente particular. O que a abordagem de uma ciência social integrada oferece é justamente “unificar vertentes divergentes da crítica”, oferecendo uma linguagem e interface “compatível com uma variedade de outros estudos subdisciplinares”; como explicado na conclusão do trabalho.

Para melhor compreensão dos exemplos práticos apresentados, normalmente referentes ao contexto da Europa Ocidental, dos países escandinavos ou dos Estados Unidos da América, incluímos notas explanatórias para esclarecer referências históricas e contextuais, além dos marcos teóricos menos referenciados no debate nacional. Essas passagens são identificadas com o termo *Nota da tradução* entre colchetes.

O sistema autor-data, presente no artigo original, mas não recomendado pela Revista Jurídica da Ufersa (REJUR), foi mantido dado à virtual impossibilidade do resgate de toda a bibliografia utilizada pelo autor, sobretudo as referências secundárias de comentadores da obra de Bourdieu em língua estrangeira. Ademais, o trabalho de conversão das citações para o sistema de rodapé pouco agregaria a experiência da leitura.

² Originalmente publicado com o título *Bourdieu's Five lessons do Criminology*, em julho de 2018, na revista *Law and Critique* da editora Springer.

No que concernia a obras de Bourdieu de maior circulação, com tradução para o português, adicionamos uma data entre colchetes, após a data de referência original, correspondente ao ano da publicação da tradução da obra em questão, e.g., Bourdieu (1987 [1989]) para o texto *A força do Direito*, publicado em língua portuguesa na coletânea *O poder simbólico*.

Por fim, algumas opções do processo de tradução devem ser explicitadas:

(i) No que concerne a terceira lição, ao sugerir que os criminólogos devam produzir resultados “corporificados” [*produce embodied accounts*], o autor recomenda que a pesquisa em criminologia nunca deixe de considerar que as características, desejos, valores e comportamentos que compõe o *habitus* são sempre assimilados por intermédio dos corpos dos agentes, e neles tendem a permanecer inscritos [corporificados].³ Esse processo de encarnação, incorporação, demanda investimento de tempo e é mais profundo quanto maior for o tempo e a intensidade da exposição do corpo às condições do *habitus* em questão. Da mesma maneira, uma eventual des-incorporação de um *habitus* adquirido, por que mal visto ou não desejado em um determinado ambiente, é tão mais custosa quanto maior tiver sido a intensidade do processo de incorporação. Essa discussão é especialmente relevante no que concerne ao *habitus* carcerário, desenvolvido por aqueles e aquelas que são submetidos à carceragem, ao sublinhar que as disposições incorporadas nesses espaços antes obstaculizam a ressocialização que a promovem. Considerando o exposto e o fato que a tradução direta da expressão “*produce embodied accounts*” para a língua portuguesa não produz o mesmo sentido de sua versão original – algo como “produção de resultados corporificados” –, substituímos o termo por uma sentença mais longa, mas que expressa com precisão a ideia central. Assim, a terceira lição sugere que a criminologia deva “levar em consideração os processos de incorporação”, tanto na pesquisa quando na divulgação dos resultados.

(ii) O enunciado da quinta lição também não surte o mesmo efeito se traduzido diretamente. A ideia de “abraçar o compromisso”, como enunciado em língua inglesa [*embrace commitment*], além de mais imperativa, não se presta a dúvidas interpretativas, diferentemente da expressão em português que, em função da polissemia do verbo “abraçar” e do substantivo “compromisso” não deixa clara a mensagem original. Dessa forma, seguindo a orientação utilizada na terceira lição, optamos por uma frase mais longa, mas que representasse de maneira fiel o sentido original, chegando à seguinte formatação: os criminólogos devem “estabelecer altos padrões de compromisso com a pesquisa”. Trata-se, na realidade, de uma diretriz necessária a todo cientista social, mas especialmente necessária aos estudiosos do crime e da pena que pretendem conduzir pesquisas nessa área, considerando as dificuldades de adentrar, permanecer e compreender os espaços de carceragem em suas especificidades, bem como em função do impacto dessas pesquisas na organização social, especialmente sobre aqueles e aquelas marginalizados e subjugados pelas autoridades estatais.

³ BOURDIEU, Pierre. Forms of capital. In: J. G. Richardson (org.). *Handbook of theory and research for the sociology of education*. Connecticut: Greenwood, 1986.

■ INTRODUÇÃO

A criminologia tem sido notavelmente lenta em absorver as ideias de Bourdieu. Isso é parcialmente explicável pela relativa falta de engajamento do sociólogo francês com o crime e a punição, embora com algumas notáveis exceções (e.g. BOURDIEU 1987 [1989], 2014 [2014]; BOURDIEU et al. 1999 [2012]). Além disso, Bourdieu representa um momento europeu-continental nas ciências sociais: formou-se na *École Normale Supérieure* nos anos de 1950 imbuindo-se nas tradições Heideggeriana-Husseliana-Hegeliana da filosofia francesa do pós-guerra, assim, a abordagem de Bourdieu pode parecer obscura aos pesquisadores contemporâneos engajados essencialmente em estudos práticos circunscritos aos domínios da empiria. A maioria dos criminologistas simplesmente não possui a formação filosófica requerida para apropriarem-se inteiramente da agenda crítica-reflexiva de Bourdieu. Não obstante, um movimento Bourdieusiano tem ganhado espaço na criminologia nos anos recentes.

Criminologistas e penalistas estão colocando Bourdieu para trabalhar, mobilizando e dispondo de conceitos como campo (SHAMMAS & SANDBERG, 2016), capital social (ILAN, 2013), capital cultural (SANDBERG, 2008), e *habitus* (FLEETWOOD, 2016; SANDBERG E FLEETWOOD, 2016; UGWUDIKE, 2017) para resolver verdadeiros quebra-cabeças. No entanto, essa tendência nascente na criminologia deve reconhecer o papel crucial decorrente do posicionamento e postura de Bourdieu em relação ao manuseio da pesquisa: embora os conceitos (*habitus*, formas de capital, campo teórico, etc.) e métodos (análise de correspondência múltipla, entrevista discursiva e observação participante) utilizados por Bourdieu sejam importantes, o que caracteriza uma ciência social distintivamente Bourdieusiana é a postura adotada no trabalho de Bourdieu em face da realidade social e da prática científica.

Essa postura ou atitude é desenvolvida abaixo na forma de cinco lições-chave: (1) historicizar sempre; (2) dissecar categorias simbólicas; (3) levar em consideração os processos de incorporação; (4) evitar pensamento estatal; e (5) estabelecer altos padrões de compromisso com a pesquisa.

Bourdieu não escreveu extensivamente sobre esses problemas empíricos, que atormentam criminologistas e ocupam parte de seus esforços de pesquisa. Embora em algumas ocasiões, seus escritos tenham tocado em tópicos diretamente relevantes a estudantes profissionais do crime e da punição, na maior parte das vezes, Bourdieu estava preocupado com os fenômenos sociais apenas indiretamente relacionados com as preocupações imediatas da criminologia – desigualdade, o Estado, processos de corporificação e dominação social, apenas para citar alguns temas da extensa obra de Bourdieu. Uma exceção a essa tendência foi a aclamada obra colaborativa, *A miséria do Mundo*, publicado na França em 1993, que lidou com problemas como mal-estar urbano, crimes de rua, e estratégias de policiamento (BOURDIEU et al. 1999 [2012]). Foi inspirado no desejo de Bourdieu de descrever o sofrimento em toda sua profundidade e riqueza – esse ‘sentimento ético ingênuo’ (BOURDIEU & WACQUANT 1992, p. 202) de que a retirada do

Estado da função de descomoditização⁴ foi um fator de produção da miséria social, interligando suas investigações críticas sobre educação, cultura e consumo à um âmbito teórico mais amplo por contrariar a dominação social através de uma exposição sistemática do sofrimento social (*souffrance sociale*).

Esse movimento conceitual foi uma espécie de presságio da virada de Bourdieu ao ativismo político em uma era pós-Reagan-Thatcher de acentuado neoliberalismo. Abandonando o ideal de ciência "pura" pelo comprometimento sociológico da prática, Bourdieu formou conexões com movimentos sociais, tais como os sindicatos contrários à flexibilização do mercado de trabalho, e o movimento de trabalhadores agrícolas de José Bové⁵ que se opôs às práticas do Consenso de Washington. Através de tais ações, Bourdieu atacou cada vez mais a disseminação de políticas neoliberais, incluindo noções como "tolerância zero", que foi adicionada na crítica à retórica neoliberal, que Bourdieu comparou a nada menos que a uma "nova vulgata planetária" (BOURDIEU & WACQUANT 2001, p. 2). Em suma, Bourdieu tentou combater o estabelecimento de uma nova política econômica baseada em um estado desregulado e a crescente comoditização da vida cotidiana, no lugar de um estado (Keynesiano) de bem-estar social protetivo e generoso. Bourdieu também tentou construir uma ordem social mais participativa e democrática que visava forjar um espaço onde cidadãos comuns pudessem assumir o controle dos instrumentos de tomada de decisões.

Mesmo que Bourdieu não tenha escrito *diretamente* sobre crime e punição, suas análises centradas no Estado (e.g. BOURDIEU 2014 [2014]) sempre foram *indiretamente* relacionadas com várias patologias sociais e, portanto, secundariamente, também relacionadas com o crime e delinquência concebidos de forma ampla. Com o reaparelhamento do estado neoliberal, Bourdieu pensava que a violência e o crime se tornariam mais comuns: o tipo de crime encontrado em grande escala nas cidades americanas foi uma das "consequências concretas de um retrocesso total do Estado", disse Bourdieu (2008, p.202). Um "Estado mínimo" seria um "estado de perigo", marcado pela ausência de limitação da violência, "uma guerra de todos contra todos, assim como previsto apenas na imaginação de Hobbes" (BOURDIEU 2008, pp. 202-203).

Em seus movimentos em direção ao sofrimento social, entendidos como esses males, ferimentos, e trabalhos penosos, muitas vezes ignorados nas análises de custo-benefício da era pós-universalizante do capitalismo de bem-estar: Bourdieu elevou o sofrimento social a uma posição de proeminência nas suas investigações sociológicas nos anos 1990, pois isso prometia traduzir a vida social de maneira mais completa:

⁴ A descomoditização foi um processo de assunção, pelo Estado de Bem Estar Social, de certas atividades centrais a reprodução social (educação, saúde, transporte, iluminação etc.) e que potencialmente poderiam ser transformadas em commodities, ou seja, fornecidas pelo mercado em um sistema de trocas (compra e venda). O argumento de Bourdieu em a miséria do mundo é que, na virada neoliberal da década de 1980 houve a retirada do Estado dessas áreas, resultando na comoditização de serviços que eram prestados pela administração estatal, o que gerou sofrimento social generalizado. [nota da tradução]

⁵ Jose Bové, um produtor de queijo Roquefort e fundador da organização sindical *Confédération Paysanne*, se tornou um dos mais famosos líderes franceses na cena antiglobalização dos anos 1990, tendo atuado também contra as altas taxas impostas pelo governo americano a produtos franceses. Tornou-se mundialmente famoso ao liderar um protesto em uma pequena cidade francesa, que promoveu o desmonte de uma loja da rede de *fastfood* McDonald's, elegida como símbolo da ordem econômica globalizada e da comida standartizada [Nota da tradução].

Se nossos tecnocratas tomassem o hábito de considerar o sofrimento em todas suas formas - econômica ou qualquer outra nas tomadas de decisões, eles descobririam que as economias que eles acreditam estar fazendo, em grande parte, são um péssimo cálculo (BOURDIEU 2008, p. 204).

O sofrimento social, portanto, foi o significante unificador que sintetizou meio século de intervenções epistêmicas, questionamentos críticos, e ações políticas: um marcador primário da dominação social, foi o elo comum que unificou política e ciência, jornalismo e sociologia, que trouxeram juntos as várias subdisciplinas das ciências sociais para uma unidade sinfônica.

Se o trabalho multifacetado de Bourdieu é digno de reflexão, é porque ele oferece uma série de instrumentos e conceitos que, quando utilizados de forma adequada, previnem a perpetração de diversas falácias e erros no pensamento na prática da pesquisa – erros e falácias que, inclusive, existem em grande número na produção de conhecimento criminológico contemporâneo. Abaixo, o trabalho teórico de Bourdieu aplicado à criminologia é apresentado em forma de cinco lições sucintas, esclarecidas por meio de implicações teóricas e exemplos ilustrativos.

1 LIÇÃO UM: HISTORICIZAR SEMPRE

Em primeiro lugar, criminologistas devem sempre historicizar seus objetos de estudo. Apenas demonstrando como os fenômenos estão situados em um contexto histórico – como eles são marcados pela acumulação de eventos históricos – pode-se iniciar o longo e meticuloso processo de desnaturação do socialmente dado, desvelando as camadas do que há de contingencial e de construído, unidas na formação de objetos pré-fabricados, que, sem a historicização, os analistas das ciências sociais estão inclinados a aceitar no estado em que os fenômenos lhes são apresentados.

A tentativa de ‘historicizar a razão’ (BOURDIEU & WACQUANT 1992, p. 94) foi um tema central no trabalho de Bourdieu. Sua posição é de maneira geral hegeliana: de forma simples, para Hegel, ‘uma coisa é a coisa que é (...) como consequência de um conjunto de relações em referências as quais aquela coisa está posicionada’ (FRITZMANN 2014, p. 12). Essa visão relacional é também a posição de Bourdieu. Na sua visão, poucas ciências humanas têm conseguido historicizar de forma adequada.

Historiadores devem ser censurados por escreverem de forma “a-histórica” e por seu “uso des-historicizado dos conceitos que usam para pensar o passado”. Filósofos, em suas leituras dos cânones, frequentemente realizam uma “des-historização por meio da eternização”, ao realizar leituras “atemporais” de problemas centrais da filosofia. (BOURDIEU & WACQUANT 1992, p. 153). Por sua vez, escritores de literatura apenas são compreensíveis quando suas práticas estão situadas em um campo específico – isto é, em um espaço semiautônomo de agentes competindo para obter ganhos especificamente referentes àquele espaço e que são simultaneamente transformados por viver suas vidas nesses espaços (ver HILGERS & MANGEZ 2015; SHAMMAS & SANDBERG 2016) – “um conceito que é pensado historicamente em si (BOURDIEU 1995 [2000])”. Cientistas sociais, também, são criaturas

históricas, inculcadas com práticas específicas e agindo como portadores de modos particularizados do conhecimento (Bourdieu 2004).

No domínio das ciências sociais, a historicização radical de Bourdieu (BOURDIEU e WACQUANT, 1992, p.189) foi baseada em duas intuições. Primeiro, o fato de que razão é praticada apenas em uma dada condição histórica, deste modo, tornando-se inevitavelmente imbuída em uma condição particular da ciência ou espaço de práticas científicas, que impõe reflexivamente uma “ciência da ciência”, ou, mais especificamente, uma “sociologia da sociologia” (BOURDIEU 2004); isto é, uma investigação sobre as condições da produção científica e como os produtores desse conhecimento são eles mesmos produzidos. Segundo, os objetos das ciências sociais são igualmente históricos: instituições não surgem do nada, e é a construção histórica do sujeito – por meio do entrelaçamento da história social e história pessoal – que dá origem a ações particulares na sociedade. A historicidade se mostra tanto na produção do analista quanto do analisado, o cientista e o objeto empírico – e devem então ser trazidos à análise.

Infelizmente, criminologistas ortodoxos estão adaptados a ignorar essa lição, se é que foram ensinados a tanto. A influente “teoria do autocontrole” de Gottfredson e Hirschi (1990) descontextualiza e universaliza o próprio conceito de crime, tentando construir, de maneira circular, uma “definição de crime consistente com o próprio fenômeno” (GOTTFRIEDSON & HIRSCHI 1990, p.3), em que a definição *posicional*(societária) é ignorada em favor de um regresso ao *direito natural*. O crime é então arbitrariamente definido como “atos de força ou fraude realizados em benefício próprio” (GOTTFRIEDSON e HIRSCHI 1990, p.15); o que é um ato de definição conceitual, expressão de uma violência científica, necessário para tentar construir uma “teoria geral do crime” baseada em um pensamento universal e em um agente socialmente despido de vínculos contextuais, ou o indivíduo como um ser a-histórico. Pressupõe-se que esse sujeito artificial, suspenso em um vazio não-social, age em violação a uma definição socialmente irreal de crime em função da ausência de autocontrole, definida com a capacidade de manter os impulsos pessoais sob controle.

Os problemas com essa abordagem são muitos. Primeiro, já Durkheim enfatizava que a definição social de crime – inerentemente não universal porque surge de um contexto particular do espaço social – deve ser a base para uma análise sociológica apropriada da ofensa: considerar qualquer outra definição significaria que os mecanismos descobertos não têm nenhuma conexão intrínseca com os eventos da realidade social – e as explicações daí decorrentes seriam pouco mais que postulações artificiais adjacentes ao crime em sua objetividade. Segundo, o processo institucional em que uma definição legal de crime vem a ser aplicada – estratégias de policiamento, atos persecutórios (processo penal), e tomada de decisões judiciais, para listar algumas fases relevantes –, é completamente ignorada nessa relação “asocial”. Ignora o que alguns chamam de *economia política da punição*; a densa rede de lógicas, práticas, instituições, e agentes que coproduzem a tradução de modos sociais vagamente percebidos em uma *prática* bem definida da punição legal. Uma teoria universalizante não pode ignorar estas particularidades, pois estas são inerentemente imbuídas na própria explicação sociológica como ela realmente pode ocorrer na objetividade. Finalmente, ela depende de uma visão individualizante, moralizante, não-estrutural – para não dizer efetivamente anti-estrutural – da ação social.

Um simpatizante da teoria do autocontrole deveria ser louvado pela crença no encapsulamento da imagem do ofensor como fundamento da teoria da criminalidade, sustentada na visão de “um indivíduo egocêntrico e com mau temperamento que talvez mais

do que qualquer outra coisa demande retornos imediatos das interações sociais e não tem nem os meios necessários nem as habilidades necessárias para esperar por longos retornos” (DELISI 2013, p. 265). Isso é apenas a expressão mais direta de uma culpabilização individual da vítima, um vocabulário conceitual moralizante que é característico de várias abordagens da psicologia desenvolvimentista ao crime e à punição, que são descaradamente universalizantes quando deveriam escavar o objeto empírico em todas as particularidades que lhes são inerentes.⁶

Uma teoria geral do crime – modelada na forma de uma física social – permanece uma impossibilidade conceitual na sociologia da ilegalidade porque o crime não existe por si só em uma forma “universal”: existe apenas em um espaço situado e específico de práticas repletas de contingência histórica. Ações vêm a ser classificadas como crime em determinados meios históricos e em ambientes moldados por relações já existentes no espaço social; a própria noção de ‘crime’ muda de significado no tempo e no espaço. Na Londres Hanoveriana,⁷ as autoridades pagavam recompensas para cada “delinquente ou vagabundo” trazido diante de um magistrado da cidade, com o intuito de “lidar com o número de cantores de balada, majoritariamente mulheres”, responsáveis por espalhar propaganda hostil ao governo, assim como pessoas “desonestas” foram construídas cada vez mais como problemas pelas elites sociais (BEATTIE 2001, p.154). Na Inglaterra Vitoriana,⁸ criminosos eram concebidos contra o pano de fundo da crescente preocupação sobre a desordem pública, estimulados por “novos medos que tinham cristalizado imagens de selvageria e desmoralização social” (WIENER 1990, p.49). Durante a Era Jim Crow⁹ no Mississippi, homens negros eram punidos severamente por organizar cooperativas de arrendamento de terras, matar cavalos, e se envolver em práticas culturais reclassificadas como “magia” e/ou sacrilégio pelas autoridades, ações que eram brutalmente fiscalizadas e punidas como “transgressões de casta” (MCMILLEN 1990, p.236). E ainda assim a “teoria geral” de Gottfredson e Hirschi os estudaria na categoria genérica de “ofensores”, sob a mistificadora influência de uma falsa universalidade.

O campo burocrático é um poderoso fator historicizante no que diz respeito ao crime e à punição: é nesse espaço que são aprovadas legislações, cria-se regulações, decisões judiciais são implementadas e, estrategicamente, são manuseados recursos de vigilância. Nos Estados Unidos, isso é mais claramente evidenciado pelo expansionismo penal (WACQUANT 2009 [2003]) em um tempo de rápido declínio das taxas criminais (ZIMRING 2007). Enquanto boa parte do mundo ocidental estava comprometido com a guerra às drogas dos anos de 1980, estatísticas reveladas após o colapso da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) mostraram que na União Soviética, apenas 1-2% dos crimes foram classificados como

⁶ A abordagem das ciências criminais por meio da psicologia do desenvolvimento promove a centralização das causas da delinquência no agente – nas razões afetivas, cognitivas, culturais e biológicas – ocultando as causas sociais do crime. Para uma melhor compreensão sobre a psicologia do desenvolvimento ver MOTA, Márcia Elia. Psicologia do desenvolvimento: uma perspectiva histórica. *Temaspsicol.*, v.13, n. 2, 2005. [Nota da tradução].

⁷ O período hanoveriano corresponde aos governos da família Hanover sobre a Grã-Bretanha, durante espaços de tempo variados entre os séculos 17 e 20. A citação refere-se ao trabalho John Beattie acerca do policiamento e da punição em Londres entre os anos 1660-1750. [Nota da tradução].

⁸ A Era Vitoriana corresponde ao reinado de Rainha Vitória entre 1837 e 1901. A citação faz menção à reconstrução do ambiente da criminologia na Grã-Bretanha, entre 18020-1914, feita por Martin Wiener [Nota da tradução].

⁹ A Era Jim Crown (1876-1965) corresponde ao período pós abolição da escravidão nos Estados Unidos da América, representando um conjunto de leis municipais e estaduais que determinavam a separação entre negros e brancos, sintetizada na fórmula “iguais, mas separados”. A referência é aos trabalhos de Neil McMillen acerca da criminalização da população negra sob desse período [Nota da tradução].

relacionados às drogas (BUTLER 1992, p.154). Uma pesquisa feita pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (1990) mostrou que a URSS teve 21.971 crimes ligados às drogas no ano de 1986, enquanto que a Austrália, com cerca de um nono da população, registrou quase o triplo do número de delitos ligados à droga em termos absolutos: 62.333 crimes naquele mesmo ano. A Suécia, uma sociedade com apenas uma pequena fração da população da União Soviética, registrou quase o dobro de ocorrências também em 1986. Tais disparidades provavelmente refletem diferenças nas estratégias estatais na categorização e persecução de crimes. É impossível entender tal fenômeno dissociado das explicações institucionais. Entender os casos de violação da política de drogas na Suécia iria requerer estudar a mudança da política de “redução de danos” dos anos de 1960 e 1970 para as políticas de “tolerância zero” e “proibição punitiva” das décadas seguintes (BEWLEY-TAYLOR 2012, p.62). Estudar “crime” e “transgressores” é, portanto, estudar simultaneamente a mudança das conexões históricas das relações sociais.

Tal perspectiva contradiz diretamente as premissas tácitas da abordagem dominante nos estudos contemporâneos do desvio, incluindo as aplicações no campo da criminologia da teoria do curso da vida aplicada. Sampson & Laub (2003) apresentam uma análise curiosamente atemporal, ausente de considerações institucionais, de uma amostra historicamente situada, construída primeiramente pelos Gluecks:¹⁰ 500 homens “não delinquentes” e 500 homens “delinquentes” nascidos entre 1924 e 1932 no centro de Boston. Os autores apresentam “fatores de risco individual” como fatores chave para a produção do crime, ao mesmo tempo rejeitando as configurações do espaço social que produzem as definições de crime. Mesmo historiadores amadores reconheceriam que os recortes dos anos de nascimento garantem, no mínimo, uma rápida menção a mais profunda crise econômica dos Estados Unidos no século XX, a Grande Depressão, que gerou desemprego na casa de dois dígitos, pobreza generalizada, e generosos gastos públicos através do amplo e processo de descomoditização promovido pelo estado de bem-estar social do *New Deal*. Certamente esses fatos tiveram um profundo efeito nas ‘chances da vida’ e ‘criminalidade’ da amostra original de homens dos Gluecks, assim como as peculiaridades inerentes nos modos que a delinquência foi definida na primeira metade do século XX nos Estados Unidos. Mas esses problemas estão curiosamente ausentes na busca de Sampson e Laub por “fatores de risco” descontextualizados e a-históricos.

A criminologia, vista desde uma perspectiva da teoria do curso da vida, tem uma tendência curiosa em considerar abstratamente os infratores, dissociando-os do material simbólico de seus ambientes de socialização. Efetivamente, basear análises em uma realidade social objetivamente existente é entendido como uma *falha* a ser minimizada ou erradicada, como quando Carlsson (2012, p.931) reconheceu que “a limitação óbvia da amostra... [é que] o estudo é baseado apenas em homens de classe baixa, nascidos em Estocolmo’ e os ‘homens estão com seus 60 anos’, tornando difícil projetar achados para ‘as vidas e narrativas de infratores mais jovens’. Tais fatores devem ser considerados não como limitações, mas como *componentes essenciais* de um estudo do crime. Entender o que faz as pessoas cometerem e deixarem de cometer crimes requer prestar atenção para as circunstâncias de suas vidas no sentido mais rigoroso possível. Entender a transgressão criminal entre homens por volta dos 60 anos vindos de classes baixas da capital da Suécia requer estudar os contornos da social-

¹⁰Sheldon Glueck e Eleanor Glueck, ambos criminólogos, destacaram-se pelos seus estudos sobre a delinquência juvenil. Em meio ao debate “hereditariedade x ambiente”, os Gluecks defenderam que ambos os aspectos têm relevância no estudo da criminalidade.

democracia, as origens históricas da descomoditização promovida pelos Estados de bem-estar social nórdicos, a condição do excepcionalismo penal nórdico, estratégias de policiamento, o estado dos mercados de trabalho e oportunidades educacionais universais, para citar apenas algumas práticas relevantes: em suma, a condição de uma série de campos que enredam e envolvem o indivíduo.

Ao remover as propriedades do fenômeno social *in situ* chega-se, paradoxalmente, a estudos que são não generalizáveis, mas que, ao mesmo tempo, geram um “falso universal” que emerge da suspensão de todo o contexto histórico (BOURDIEU & WACQUANT 1999). A tensão sugerida entre vidas situadas e generalizações abstratas, que Carlsson (2012, p.933) descreve brevemente nas considerações finais como a “interseção entre biografia e estrutura na prática” e o “processo interacional entre o indivíduo e seu contexto”, ameaça enfraquecer a durabilidade da empreitada de uma “teoria do curso da vida”, pois levar o espaço social a sério é aceitar a natureza insustentável da proposição que a distância é uma propriedade do pensamento universal.

Reconhecidamente, a pesquisa criminológica por vezes mostrou-se capaz de historicização. O trabalho de Garland (2001) sobre a história da mudança dos regimes penais traça o evolucionismo da punição na *Longue Durée* [longa duração], argumentando que a mudança das políticas penais do Estado de Bem-Estar para sua crise na modernidade tardia apenas é compreensível quando considerada em conjunto com a dissolução de um tipo particular da social-democracia do pós-guerra. Garland (2001, p.44) anota que “o Estado de Bem-Estar Penal legitimava-se a partir de uma forma particular de estado e uma estrutura particular das relações entre classes sociais”; uma declaração que é corolária de uma abordagem da economia política aplicada à punição. WACQUANT (2009 [2003]) historiciza o surgimento do encarceramento em massa nos Estados Unidos traçando o “estrito alinhamento” entre políticas neoliberais e punições severas a partir de meados dos anos 70 até o presente dia.

Pode-se queixar-se das razões explicativas selecionadas por esses autores ao considerar as trajetórias históricas no tratamento de um ou outro dos objetos centrais da pesquisa criminológica, mas todos eles demonstraram que a ciência do crime e da punição, como é praticada hoje, está ciente da importância da incorporação de objetos em meio a um rico cenário histórico, estrutural e relacional. O problema, portanto, não reside na criminologia crítica, consciente da importância da historicização. Em vez disso, é talvez no domínio da criminologia administrativa, oficial ou neoliberal que a acusação de des-historização seja mais adequada. Contra a miopia histórica e a amnésia estrutural evidenciada pelos acadêmicos intimamente alinhados com o campo da justiça criminal ou pelos pesquisadores e praticantes dentro do campo do controle criminal, o historicismo radical de Bourdieu oferece uma posição sólida de onde essas falhas podem ser criticadas e corrigidas.

2 LIÇÃO DOIS: DISSECAR CATEGORIAS SIMBÓLICAS

Em segundo lugar, as investigações criminológicas devem começar a realizar uma espécie de “sociologia da categoria”, ponto enfatizado repetidas vezes no trabalho de Jock Young (2011) sobre a “imaginação criminológica”. A sociologia de Bourdieu se preocupa essencialmente com a produção e circulação de categorias, entendidas como “representações

simbólicas” de entidades e fenômenos na vida social, ou ‘princípios da visão e divisão’ – formas de ver e agir – que fornecem as bases perceptivas para a ação material. Categorias são modos de ver e perceber. Mas essas formas de percepção também se tornam formas de agir. Elas estão entre as forças motrizes da ação social – o combustível que alimenta a dinâmica social – e estão entre os aspectos centrais das disputas agonísticas internas e particulares a cada campo considerado: os agentes disputam o poder de definir o que deve contar como categoria dominante.

Os estudos da economia política da punição são frequentemente estudos de categorias, preocupados com modos socialmente estruturados de compreender e agir sobre criminosos. A anatomia social de Wacquant (2009, pp.209-242) sobre os “criminosos sexuais” e seu imbricamento no hiperincarceramento é um exemplo paradigmático sobre como representações simbólicas estimulam ações materiais e, sobretudo, como entender o último sem dissecar o anterior é uma impossibilidade conceitual. O trabalho de Pratt (2008) sobre “excepcionalismo penal” demonstra como a relativa baixa incidência de punições nas sociedades escandinavas é impulsionada pelos usos de uma categoria de ofensor que não é expressamente expulso de uma comunidade relativamente igualitária. Por outro lado, Beckett e Herbert (2010) mostram como as políticas de exclusão urbana e ordens de “banimento” são possíveis pela produção de uma categoria de indesejáveis, pessoas não dignas de consideração,¹¹ que captura minorias pobres e estigmatizadas, desempregados, desviantes, usuários de drogas, e pessoas sem-teto.

Existem, porém, aqueles que praticam uma sociologia dentro dos limites da categoria, ao invés de praticar uma sociologia da categoria, isto é, estudam-se os fenômenos que são condicionados pelos traços da categoria enquanto falham em compreender o processo de produção da categoria em si. Tais estudos são suscetíveis a cair na falácia de substancializar [naturalizar] entidades que são criadas pelos agentes sociais dominantes, transformando seus objetos de estudo em substâncias que ocorrem naturalmente, negando sua incorporação em um processo que cria representações particulares. A substancialização é o alicerce da sociodicéia, isto é, a naturalização da ordem presente, a “legitimação da ordem social como ela é” (BOURDIEU 2014, p.160). Para Bourdieu, um entendimento apropriado das categorias é um passo necessário para que as práticas de pesquisa mereçam o nome de ‘sociologia’; a falha em reconhecer a eficácia de categorias é a própria base da sociodicéia.¹²

Consideremos o exemplo das audiências de custódia na Califórnia. Nesse contexto, os *lifters* – prisioneiros com sentenças indeterminadas que incluem a possibilidade de prisão perpétua – devem demonstrar ao Conselho de Liberdade Condicional que eles não representam mais uma ameaça à sociedade. Aqui, a debilidade se tornou uma das principais estratégias linguísticas e comportamentais adotadas para relatar os antigos vícios e deficiências. Quando pedido para descrever a si mesmo durante o período em que cometeu seu *life-crime* (o crime pelo qual ele estava cumprindo prisão por tempo indeterminado), um

¹¹ O termo utilizado em inglês foi “disreputable”, que em uma tradução literal poderia ser traduzido para pessoa desonesta ou sem honra. No entanto, o sentido mais preciso do termo, no contexto da construção da categoria dos indesejáveis, abarca aquelas pessoas que não são dignas da proteção estatal por que desviantes do padrão de utilidade de uma sociedade produtiva.

¹² Pode-se sumarizar essa visão por meio de duas fórmulas condensadas: (1) a-categorial = substancialização = naturalização = sociodicy; e (2) categorial = relacionalismo = desnaturalização = sociologia. Portanto, a sociodicy é o antônimo da sociologia, pois é a justificação da ordem existente pelo processo de naturalização de suas instituições, enquanto a sociologia representa a compreensão da objetividade pela dissecação e historicização de suas estruturas.

presodisse: “Eu era cruel, eu não me importava com nada nem ninguém. Eu não me importava comigo mesmo. Eu era irresponsável. Eu era um monstro”. Quando pedido pela comissão de custódia para especificar esses “termos” gerais em detalhes, o preso relatou uma série de depravações: ele estava com raiva, não se importava com ninguém, a não ser um familiar e era viciado em drogas. “Eu acho que posso dizer que era um parasita”. Entretanto, esse autoflagelamento deve ser utilizado com cautela, pois se o preso destacar os seus defeitos tão enfaticamente, a comissão estará inclinada a considerar que ele ainda apresenta perigo: a autodepreciação excessiva diante da comissão ou é um indicativo de elevados níveis de baixa estima (considerado um fator de risco) ou pode gerara impressão de uma fraqueza incorrigível que não pode ser amenizada por tratamentos terapêuticos.

Um preso, ao ser questionado sobre o porquê de ele ter cometido um de seus crimes, respondeu distraído: “Porque eu era um babaca”. Isso enfureceu o comissário da condicional, que reagiu com indignação paternalista: “Não, nós não vamos te chamar de babaca nesta sala. [...] Nós não usamos tais palavras contra pessoas”. Uma análise sociológica de audiências de custódia deve dissecar as categorias simbólicas centrais da periculosidade, explorando suas constituições internas e seu papel na estruturação das oportunidades de vida dos presos que participam destes espetáculos burocráticos.

As categorias individualizantes e moralizantes das audiências de custódia da Califórnia, simultaneamente, refletem e alimentam as categorias anti-historicistas e substancializantes, utilizadas pela criminologia ortodoxa; a tendência do Conselho de Liberdade Condicional, de reduzir todas as justificativas para a esfera da individualidade do ofensor, compartilha do mesmo momento ideológico dos teóricos do autocontrole, negando a incorporação de elementos extra-individuais para ocorrência do crime.

3 LIÇÃO TRÊS: LEVAR EM CONSIDERAÇÃO OS PROCESSOS DE INCORPORAÇÃO

Em terceiro lugar, agentes sociais são agentes corpóreos: o local da ação social não é o cérebro racional-calculador, e sim o indivíduo como ser, “uma criatura sensível, sofredora, hábil, sedimentada, e situada”, na fórmula sucinta de Wacquant (2015, p.2). Isso tem implicações importantes para aqueles estudantes da ressocialização que falham em perceber que o que esses programas devem fazer é *reabilitar* infrator; isto é, inculcar progressivamente um novo *habitus*, uma nova forma de “razão corpórea”, para usar o termo adotado por Hardt (2007); um movimento que enfrenta uma improbabilidade estatística de sucesso muito alta. Bourdieu equipara a obtenção desse novo *habitus* com um “segundo nascimento”. Para utilizar um exemplo da Academia: o economista Paul Samuelson (1997, p.159) notou que economistas avançam “funeral por funeral”; a implicação é que os compromissos científicos são tão enraizados e robustos, que apenas a mortalidade pode limpar a cena para o estabelecimento e incorporação de novas formas de crenças.

Certamente, algumas correntes da pesquisa criminológica se debruçam sobre as dimensões corpóreas do comportamento ofensivo e a experiência punitiva (e.g DAYAN 2011; DILTS 2014). A criminologia cultural demonstrou grande interesse nas dimensões afetivas da criminalidade (FERRELL et al. 2008, pp 64-74; UGWUDIKE 2015, pp. 203-221). Estudos da punição mostraram interesse na subjetividade penal, elevando a experiência da dor à uma das grandes apostas nas fundações normativas da punição legal (HAYES, 2017). Etnógrafos do

crime urbano demonstraram os caminhos pelos quais a ofensa criminal é integrada à estrutura corpórea do ofensor (FERRELL & HAMM, 1998). Porém, a contribuição especificamente Bourdieusiana é fornecer uma base filosófica coerente com a reorientação do olhar acadêmico rumo às disposições corporais, simbolicamente manifestadas no conceito de *habitus*, e para trazer de forma autoconsciente a incorporação para a linha de frente dos planos de pesquisa.

Em 2014, Lutfi Bin Ali, um cidadão italiano nascido na Tunísia, preso no campo de detenção americano na Baía de Guantánamo por quase uma década e meia, foi libertado da custódia do Departamento de Defesa dos Estados Unidos (WALKER, 2016). Bin Ali passou 13 anos no Campo Delta antes que o Departamento de Defesa chegasse à conclusão que “baseado no status de saúde do detento, níveis de inteligência e risco”, ele deveria ser “libertado ou transferido ao controle de outro país para continuar sua detenção” (WIKILEAKS, 2016). Um repórter do *The Guardian* entrevistou Bin Ali após sua transferência para uma região remota no Cazaquistão, onde ele foi obrigado a viver como condição de sua soltura.

Bin Ali forneceu um duro relato sobre sua nova vida. Ao chegar à ex-república soviética, “ainda com os chinelos que usava em Guantánamo, pois eles não tinham nenhum sapato grande o suficiente”, ele descobriu que “estava 30 graus negativos do lado de fora”, e que ele tinha que viver em um vilarejo desolado perto de um antigo local de testes nucleares soviéticos. Agora perto de seus 50 anos, sem passaporte, apenas com documentos cazaques que informavam (erroneamente) que ele era “uma pessoa procurando status de refugiado”, sem contato com a população local que temiam um homem há muito tempo marcado com o estigma de “terrorista” e tendo sido negada permissão para abrir um restaurante, o sonho de sua vida; Bin Ali estava aprisionado na estase do purgatório de uma quase-prisão. Lamentavelmente, considerando um futuro no isolamento, sem esperança e enclausurado nas estepes do Cazaquistão, ele parecia ansiar por sua antiga vida no Campo Delta: “pelo menos em Guantánamo haviam pessoas para conversar. Aqui eu não tenho ninguém”.

No ano seguinte, Albert Woodfox, um detento que passou 43 anos em confinamento solitário no estado americano de Louisiana, foi libertado da Penitenciária estadual, mais conhecida como “Angola” (PILKINGTON, 2016). Woodfox falou sobre uma vida passada em grande parte sem interação humana. Informando uma série de detalhes inacreditáveis de sua vida cotidiana (“a falta de contato humano, ataques de pânico e crises de claustrofobia, a forma como o acorrentavam mesmo durante a hora diária que lhe era permitido passar fora da cela”). Um repórter notou, no entanto, que talvez o aspecto mais surpreendente das recordações de Woodfox seria que, dois meses após sua libertação, o antigo prisioneiro de Angola ainda sentia-se atraído por sua antiga existência. Quando perguntado se ele sentia falta de sua antiga vida na prisão, ele afirmou: “Ah sim! Sim! ”. Ele continuou:

Você sabe, seres humanos... se sentem mais confortáveis em locais que estão seguros. Em uma cela você tem uma rotina, você basicamente sabe o que vai acontecer e quando, mas em sociedade é difícil, é mais maleável. Então existem momentos que, sim, eu queria voltar para a segurança de uma cela.

Esses breves relatos são sugestivos da forte maneira pela qual os agentes sociais vêm a ser “carimbados” com um selo estatal de disciplina e transformados em portadores de um *habitus* carcerário específico, um conjunto de disposições corpóreas característicos daqueles

que passaram pelas instituições da punição legal. Bin Ali e Woodfox foram “reabilitados”, acostumados com as duras realidades e restrições da disciplina e punição, e, se a adaptação à vida fora de Guantánamo e Angola se provou tão difícil, foi porque eles estavam frente ao imperativo de adotar um novo *habitus*, uma remodelação improvável de seus corpos a novos usos. Não é surpresa, então, que suas declarações fossem tão espantosas e chocantes àqueles que estão acostumados com a ortodoxia da teoria liberal, pressupondo um instinto humano pela liberdade: para aqueles que não foram marcados¹³ com um *habitus* carcerário não é possível compreender realmente como o mundo é visto a partir do ponto de vista daqueles que foram; podem entender como o mundo parece ser do seu ponto de vista, munidos com as “molas e rodas” (HOBBS, 1968, p. 81) de uma relação distintamente corpórea com o mundo. Mas pode-se tentar.

Uma sociologia da punição reconstruída deve dissecar a formação desse *habitus* carcerário. Essas disposições estão entre os principais mecanismos pelos quais antigos detentos são impedidos de participar da vida social convencional, incluindo o mercado de trabalho. É por isto que toda forma de política de integração visa a dimensão formal das oportunidades desde a vida do ex-detento – a exemplo da iniciativa “ban the box” nos Estados Unidos da América, destinada a evitar que empregadores questionem sobre os antecedentes criminais daqueles que procuram emprego –, embora importante por si só, não se direcionam a dimensão das disposições do ex-detento enquanto ser-no-mundo, o que garante que a permanência da “marca da ficha criminal”, para usar o termo de Pager (2003). Essa marca não é tanto um sinal técnico-burocrático, mas um conjunto de estigmas interacionais presentes no corpo e evidenciados por um conjunto de gestos, posturas, modos e expressões desvalorizadas.

Não se pode determinar, *a priori*, o conteúdo de um *habitus* carcerário, partindo de uma teorização em abstrato, especulando a partir de uma poltrona confortável: um *habitus* não é um “tema universal e não-histórico”, para usar as considerações de Foucault sobre o ego cartesiano universal, que é uma categoria tão geral que é acessível a “qualquer um, em qualquer lugar, em qualquer momento” (FOUCAULT, 2001, p.335). Em vez disso, o local adequado para escavar o *habitus* carcerário é o próprio local de punição – a partir dos indivíduos sujeitos à punição e das instituições onde ela acontece. É um conceito que previne a falácia da falsa universalidade; isto é, a projeção de conhecimento particular na forma de universalidade generalizada, particularmente característica em estudos sobre a vida na prisão em nações desenvolvidas – o que Bourdieu & Wacquant (1999) chamaram de “a astúcia da razão imperialista” –, que toma um local empírico definido, com um regime político-econômico específico, como a premissa tácita ou explícita para teorizar o mundo social. O *habitus* carcerário deve ser especificado em termos teóricos que equilibram permeabilidade e fechamento: deve ser restrito o suficiente para ser útil como ferramenta conceitual e amplo o bastante para possuir aplicabilidade para uma gama de domínios empíricos.

Um *habitus* carcerário possui quatro propriedades fundamentais. Primeiro, é algo não-universal. O *habitus* carcerário varia em diferentes níveis de manifestações do social. Como Bourdieu aponta, as formações do *habitus* podem reunir uma variedade de níveis magnitudinais: institucional, ocupacional, local, regional, nacional, civilizatório, e assim por diante. E também, pode haver um *habitus* carcerário específico que é obtido – modelado,

¹³ O termo em inglês utilizado foi uma flexão do verbo “stamp”, remetendo a carimbo, uma figura mais rígida que uma marca. No entanto, o termo em português “marcado” contempla o sentido da frase, enquanto “carimbado” soa estranho no contexto.

manipulado, e fabricado – em alas ou unidades particulares, instalações de correção, sistemas penitenciários estaduais, e políticas econômicas nacionais da punição. Segundo, é duradouro. O *habitus* carcerário dura, uma vez adquirido ganha uma vida própria, uma solidez e objetividade que não é facilmente desfeita ou refeita. É sua durabilidade que explica as dificuldades enfrentadas por ex-condenados e detentos para se ajustar às expectativas da vida social, incluindo relações familiares e a vida como assalariado. Tipicamente, as instituições penais transmitem categorias, disposições e estruturas afetivas que não são compatíveis com o mundo exterior. O que é exigido não é reabilitação, e sim reabilitação, uma reconstrução do *habitus*, uma transformação que é tão mais improvável quanto maior for a durabilidade do *habitus* carcerário adquirido. Terceiro, é relacional. O *habitus* carcerário gera predisposições de acordo com uma tendência probabilista de se comprometer com determinados cursos de ação, um conjunto de “disposições incorporadas, ou mais precisamente o esquema do corpo” que é “capaz de orientar práticas de uma forma que é, de uma só vez, inconsciente e sistemática” (BOURDIEU, 1990, p.10). Contrasta-se com modelos estratégicos, racionais e calculadores da ação, que depende de agentes capazes de avaliar com precisão os custos e benefícios de diferentes cursos de ação. Finalmente, é centrado no Estado. O Estado é a força motora da vida social, na análise de Bourdieu (2014). A “busca pelo lugar onde a verdadeira identidade dos agentes sociais é definida”, quando conduzida por sociólogos, levará a um “lugar central onde recursos de autoridade legítima estão concentradas”, e este lugar, escreve Bourdieu (2014, p.68), “é o Estado”. O Estado é a entidade que pega o jogo social pela raiz: até mesmo formas aparentes de “Estados-mínimos” estão, na verdade, imbuídos com valores, operações, preferências, políticas públicas do Estado (BOURDIEU, 2005).

Certamente o campo penal – o conjunto de indivíduos e instituições encarregados da aplicação das práticas punitivas (ver GOODMAN, PAGE & PHELPS 2015) – é um espaço que é quase inteiramente atravessado por operações estatais, de um Estado que modifica comportamentos por meio de atividades contínuas.

O conceito existia de uma forma ou outra por um longo tempo na sociologia da prisão. A noção de Clemmer (1940) de “imprisonamento” e o conceito de Sykes (1958) de “papel dos presos” são tangenciais à orientação material do conceito de um *habitus* carcerário, até mesmo considerando que o primeiro seja demasiadamente universalizante, postulando que os processos de adaptação aos ambientes prisionais são idênticos por todo o domínio de diversas instituições penais, enquanto o último é marcado por compromissos com o estruturalismo funcionalista, imaginando a ação humana restrita aos desdobramentos de categorias unitárias e estáticas de comportamento. Pratt (2002) idiossincrasicamente leva o conceito em direção ao nível de estruturas sociais macroscópicas, escrevendo sobre uma “mudança no *habitus* carcerário” discernível em sociedades consideradas como um todo, a partir de onde Pratt identifica as atitudes sociais médias em relação ao crime e a punição nos diferentes Estados-Nações; neste sentido, Pratt bloqueia qualquer tentativa de utilizar o conceito para entender o desdobramento da própria vida na prisão; resultado de uma visão escolástica distante, que não se engaja de maneira duradoura e íntima com as operações cotidianas da vida carcerária.

A noção de “*habitus* carcerário” de Caputo-Levine (2014) é mais útil, entendido como o conjunto corporal de disposições isoladas compondo a noção de “yard face” [cara feia], uma maneira de ser-no-mundo que permite aos detentos navegar por instituições penais hiperviolentas e hipermasculinas (e que, negativamente, transborda para interações extra-penais, causando todo tipo de problema em situações cotidianas e nas relações com

empregadores, amigos e família). Mas Caputo-Levine também comete o erro fundamental de universalizar as experiências particulares de um único estabelecimento de correção nos Estados Unidos, determinando, no nível da teoria, o que deve ser deixado para especificação empírica: “O *habitus* carcerário permite ao detento responder da mesma maneira aos altos níveis de violência interpessoal que são presentes dentro da prisão” (CAPUTO-LEVINE, 2014). Certamente, se o *habitus* carcerário deve ser entendido de forma tão restrita, ele deixa de dar sentido à ação social em domínios penais sem tais atributos, tais como os regimes mais pacíficos existentes no norte da Europa, para dar um exemplo. Um *habitus* carcerário não precisa conter uma “hipersensibilidade ao espaço físico” decorrente do “perigo interpessoal da violência” (CAPUTO-LEVINE, 2014, p.11), pelo simples motivo que nem todas as instituições penais são locais de extremo perigo corporal: algumas são estruturas simbólicas de extrema docilidade, encorajando os detentos a se tornarem portadores maleáveis dos discursos institucionais de pacificação e passividade.

4 LIÇÃO QUATRO: EVITAR PENSAMENTO ESTATAL

Em quarto lugar, os criminólogos correm o risco de operar como pensadores estatais não-críticos, portadores daquelas “categorias do pensamento estatal, produzidas e inculcadas em cada um de nós” (BOURDIEU, 2014, p.108). Se os criminólogos em particular são expostos a esse risco, é porque os objetos do pensamento criminológico são constituídos fundamentalmente por operações do Estado. Para Bourdieu, o Estado é primeiramente um agente simbólico, produtor de categorias cognitivas particulares, “princípios de visão e divisão, princípios de como ver as coisas, sistemas de classificação” que permitem ao Estado exercer um “efeito de imposição simbólica que é absolutamente sem qualquer equivalente” (BOURDIEU, 2014, p.114). Este efeito, inclusive, tende a se tornar tão natural que é extremamente difícil perceber que alguém foi submetido a um processo deste tipo. O Estado se protege do “questionamento científico” se tornando uma forma de segunda natureza: o Estado “pensa a si mesmo por meio daqueles que tentam pensar sobre ele”, portanto, produzir uma “ruptura com o pensamento estatal” é tanto difícil quanto necessário (BOURDIEU, 1998, pp. 36-37).

Para os criminólogos, existem múltiplos problemas com essa constatação. Primeiro, o Estado é uma parte interessada: ele gera financiamento – o Instituto Nacional de Justiça, uma agência do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, forneceu quase um quarto de bilhão de dólares para a pesquisa e treinamento em “justiça criminal” apenas em 2015, moldando fundamentalmente os caminhos do estudo sobre crime e punição (Instituto Nacional de Justiça, 2015). O Estado também é uma parte interessada na formação de futuros criminólogos, pois, provavelmente vai empregar boa parte daqueles que obterem formação na área. Segundo, o próprio domínio da criminologia vacila entre subespecificação e determinação excessiva. Por um lado, se a criminologia tomar como objeto de estudo as coisas definidas como criminais, isto é, violações da lei positiva, a disciplina corre o risco de cair na armadilha de aceitar categorias contingenciais que são produto de relações agonísticas de dominação social – e deste modo, falhar em desenvolver uma ciência da sociedade propriamente autônoma. Por outro lado, se tenta desenvolver um objeto de estudo

independente das operações estatais, como o estudo “zemiológico”¹⁴ dos “danos sociais” (HILLYARD&TOMBS, 2004) ou a reorientação disciplinar imaginada pela “criminologia constitutiva” de Henry e Milovanovic (1999, p.7) para estudar “danos causados por humanos que investem energia em relações de poder que produzem danos”, as reivindicações para um domínio distinto do conhecimento criminológico entram em colapso, produzindo em seu lugar um fusão com (segmentos da) psicologia, ciência política, sociologia e filosofia moral.

Símbolos da orientação estatista presente em alguns criminólogos pesquisadores, Lyngstad e Skardhamar (2011) apontam e lamentam a limitação dos criminólogos na exploração dos “dados de registro” nórdicos sobre criminosos – basicamente, grandes bases de dados sobre todos os indivíduos condenados por crimes, incluindo informações sobre emprego, histórico educacional e familiar, etc. –, utilizados pelo Estado para coordenar seus programas e políticas. Reconhecidamente, dados de registro prometem ser uma rica fonte de informação sobre crimes e punição em países como a Dinamarca, Noruega e Suécia, mas ao mesmo tempo revelam os riscos envolvidos em superestimar e utilizar exageradamente os dados produzidos pelo Estado para os propósitos do Estado, os quais não coincidem necessariamente com a direção dos esforços das ciências sociais (críticas). Fazer perguntas ao registro de dados é tomar como previamente dadas as definições de crime sancionadas oficialmente ou correr o risco de aceitar a equivalência entre um crime registrado pelo Estado e sua “real” incidência. Profeticamente, Christie (1997) criticou os criminólogos demasiadamente “institucionalizados” por prontamente aceitarem os procedimentos e problemas do Estado. “O problema na pesquisa moderna não é que nos é negado o acesso aos arquivos oficiais”, escreveu Christie (1997, p.19), mas sim que “nos é dado fácil acesso [...] a dados já processados pelas autoridades, dados aos quais já foi dado o seu significado oficial”.

5 LIÇÃO CINCO: ESTABELECEM ALTOS PADRÕES DE COMPROMISSO COM A PESQUISA

Em quinto lugar, os cientistas pesquisadores devem abandonar o ideal antiquado de uma ciência “pura” descomprometida, uma postura sem postura, baseada na noção de uma prática científica aparentemente desprovida de compromisso. A escolha de se abster de uma escolha também é uma escolha; no caso da produção científica, existem efeitos impactantes nas trajetórias do espaço social, mesmo que esses efeitos sejam rejeitados por estudiosos presos na pureza inatingível da teoria escolástica.

Na visão de Bourdieu, os estudiosos têm o dever de agir como intelectuais, isto é, se engajar em “ações políticas” fora do campo relativamente autônomo da produção acadêmica (BOURDIEU, 1991). Este dever surge do fato que os estudiosos possuem formação e conhecimento especializado: eles possuem “lazer” – a palavra “estudiosos” [*scholar*], como repetidamente aponta Bourdieu (e.g BOURDIEU, 1990 [2009], p.27; 1998 [2011], p.128; 2014 [2014], p.75), deriva da palavra grega *skhole*, que significa “lazer”, uma saída da pressão exercida pelos mercados – e essa liberdade relativa dá origem a um imperativo ético. O princípio axiomático que este imperativo repousa é o dever de reduzir a dominação social, um

¹⁴ Zemiologia é uma crítica criminológica as abordagens do crime centradas no indivíduo, privilegiando a incorporação das análises sobre os danos sociais causados pelas ações do Estado e das grandes corporações. A tese é defendida por Paddy e Tombs no texto *Beyond criminology?*, publicado na coletânea com o mesmo nome no ano de 2004 [notas da tradução].

dever que se aplica ainda mais àqueles que aproveitam o tempo, formação, relativa autonomia, e capacidades simbólicas necessárias para combater efetivamente a dominação.

Portanto, Bourdieu (2008, p.380) pergunta retoricamente se os estudiosos que possuem o tipo de conhecimento científico, necessário a antecipação dos efeitos nocivos das mudanças políticas, “podem ou devem permanecer em silêncio, ou se isso não envolve um tipo de falha em ajudar pessoas em perigo”. Se o neoliberalismo é um desastre social esperando para acontecer, Bourdieu sugere que seria antiético afirmar que a prerrogativa científica se limite a observar e registrar eventos enquanto eles acontecem, ou até mesmo avaliar os efeitos negativos apenas após seus resultados: “Aqueles que acreditam que entendem essas calamidades com antecedência não tem o dever de superar a reserva que os cientistas geralmente impõem em si mesmos?” (Bourdieu 2008, p.380). Sua resposta é inequívoca e, incomumente para Bourdieu, direcionada diretamente para a investigação criminológica:

A separação entre a pesquisa científica e o engajamento tranquiliza o intelectual em sua consciência, na medida em que recebe aprovação da comunidade científica. É como se os cientistas vissem a si mesmos como ‘duplamente’ científicos porque não fizeram nada com a sua ciência. Se aplicado a biólogos, seria criminoso. Mas é tão sério quanto se aplicado a criminólogos. Essa reserva, essa fuga para a pureza [abstração], tem sérias consequências sociais (BOURDIEU, 2008, pp. 380-381).

Pode-se acrescentar ao conciso slogan sugerido por Žižek (2012, p. 983 [2013]), “conhecer não é o suficiente”, ecoando Goethe: apenas saber – cognitivamente, discursivamente e teoricamente – praticamente garante a impossibilidade de se produzir conhecimento prático [útil] compreensível. Além disso, o engajamento [compromisso] é inevitável, porque todas as coisas são inerentemente “engajadas”, e é necessário porque o conhecimento prático compreensível apenas é possível por meio do reconhecimento da totalidade nas relações sociais.

“A verdade é o todo”, escreveu Hegel (1977, p.11), e essa totalidade inclui o ser situado do cientista. Comprometimento não significa subordinação a um partido político, grupo social ou organização. Pelo contrário, o comprometimento do pesquisador científico é primeiro e principalmente direcionado ao direito de fazer perguntas autônomas – sublinhando a autonomia de fazer suas próprias perguntas. Esta é a visão oposta à ideia de que o comprometimento implica subordinação. Todos aqueles engajados na aversão ao engajamento, aqueles subordinados a razões extra científicas, são justamente aqueles que perderam a prerrogativa de perguntar suas próprias questões.

Novamente, vertentes da criminologia crítica adotaram essa perspectiva por um longo tempo. Aliás, a criminologia feminista certamente não, enquanto uma categoria única (ver e.g BURGESS-PROCTOR, 2006), é de modo geral motivada pelo desejo de demonstrar as formas pelas quais as mulheres se confrontam com modos de dominação social peculiares à subordinação (interseccional) das mulheres nas sociedades modernas, para oferecer uma crítica de como esses modos de dominação são analisados através do sistema de justiça criminal, e para corrigir injustiças flagrantes. A criminologia feminista sempre foi consciente da necessidade de se engajar em atividades fora da Academia, para realizar “ativismo em favor de garotas e mulheres criminalizadas, as menos poderosas e mais marginalizadas de todos que estudamos”, nos termos de Chesney-Lind (2006, p.21). O que a perspectiva de Bourdieu

agrega é uma abordagem teórica unificada, uma linguagem comum – em resumo, um sistema. Sistemas são úteis, pois eles fornecem uma cobertura simbólica e convergência léxica; eles são, na frase de Warnock (1959, p.11), “*citadels, much shot at perhaps but nevertaken by storm*”,¹⁵e, portanto, valiosos para os intelectuais que, de outra forma, poderiam viver uma existência atomística vulnerável em uma Academia fragmentada.

Reconhecidamente, Bourdieu vacila entre um compromisso com o engajamento e uma elevação científica da razão: por um lado, ele reconhece que toda a produção científica ocorre em um campo particular e situado, e por essa razão não podem haver questões “puras” ou linhas de investigação não-heterônomas. Programas de pesquisa são sempre inseridos em um campo e, portanto, são moldadas por fatores como a predominância de certas ideias dominantes, as hierarquias de valores incorporadas e os efeitos miasmáticos de um espírito generalizado da época em que se vive. Todo trabalho científico, portanto, emana de um ponto em um campo situado e é direcionado para o campo pré-povoado que já é abundante em ideias, objetos e agentes. Essa posição pode ser descrita como uma posição historicista radical na produção científica. Por outro lado, Bourdieu também mantém a crença na possibilidade de uma ciência pura e autônoma; uma sociologia fora do espaço social, tendo sido submetida ao rito purificador de uma sociologia reflexiva da sociologia capaz de interrogar e reparar as condições heteronômicas da produção do conhecimento científico. A contradição entre o historicismo radical e o objetivismo científico dentro do quadro analítico de Bourdieu nunca foi resolvida.

■ CONCLUSÃO

Finalmente, a criminologia persegue um alvo em movimento que certamente dá origem a todo tipo de acrobacia mental insustentável para manter sua coerência. Está sempre suscetível a um retorno anti-sociológico ao direito natural. Se o ponto central de uma disciplina é estudar as violações da lei humana (de fato, para explicar como, por que e sob que circunstâncias agentes sociais violam as leis), parece que os objetos de estudo teriam que ser descartados de um dia para o outro se os legisladores decidissem que esses objetos não constituiriam violações da lei propriamente ditas, ou precisariam adotar objetos de pesquisa novos e “insatisfatórios” com o advento de novas leis, algumas das quais podem ir de encontro aos sentimentos da decência humana, progresso social, e assim por diante.

Alguns exemplos devem bastar para mostrar como isso torna a criminologia, de fato, uma disciplina estranha. Primeiro, pode-se imaginar um grupo de criminólogos trabalhando na União Soviética Stalinista dos anos de 1930, sendo obrigados a analisar e “entender” porque tanto indivíduos se tornam portadores de modos de pensamento criminalmente “burgueses”, sendo instigados a avaliar os fatores de risco e desenvolver instrumentos atuariais para prevenir o aumento dos valores criminais ocidentais na população. Como a criminologia responderia a essa determinação de seus objetos de estudo? Evidentemente, não haveria outro recurso senão desenvolver uma ética metacientífica para desafiar a

¹⁵ A expressão não possui um correspondente direto em português. A intenção do autor é dizer que os sistemas funcionam como um lugar seguro (uma cidadela), que pode ser frequentemente criticado (*shot at*), mas nunca tomado em um assalto repentino (*taken by storm*). É dizer, mesmo a partir do melhor dos sistemas, sempre haverá problemas novos, mas o intelectual nunca será pego completamente desprevenido [Nota da tradução].

imposição dirigida pelo Estado de categorias particulares de pensamento; de fato, esta seria a única forma de prevenir que a criminologia fosse apropriada como uma ciência auxiliar para as operações do Gulagismo (ou qualquer outra ideologia dominante obtida em uma dada condição do Estado). Mas teria que ser feito de uma maneira contrária aos parâmetros fundacionais da disciplina em si; aliás, devido ao próprio isolamento projetado da filosofia ou das ciências sociais como tais, faltariam as ferramentas e instrumentos necessários para se engajar neste trabalho.

É certo que algumas dessas lições, talvez até todas, foram diversas vezes entendidas e adotadas por várias vertentes (críticas) da criminologia. O realismo de esquerda tem consciência do imperativo de historicizar seus objetos de pesquisa, invocando a necessidade de “contextualizar o momento e colocar sua trajetória no tempo (Young, 1987, p.337). A teoria do etiquetamento destacou a importância de romper com o pensamento estatal para compreender como ações categorizadoras foram imbricadas no “processo de criar o criminoso”, de acordo com uma das primeiras formulações dessa teoria: um “processo de marcação, definição, identificação, segregação, descrição, ênfase, conscientização e autoconsciência” que foi realizado centralmente pelo Estado (TANNENBAUM, 1938, pp.19-20). No entanto, a grande vantagem de absorver essas lições aqui apresentadas, por meio de uma ciência social integrada Bourdieusiana, é que essa abordagem oferece unificar vertentes divergentes da crítica, até agora existentes apenas em uma forma fragmentada. Além disso, uma abordagem Bourdieusiana oferece uma interface compatível com uma variedade de outros estudos subdisciplinares: oferece uma linguagem unificadora com a qual estudiosos críticos em vários domínios empíricos – incluindo aqueles fora do escopo da criminologia em si – podem se comunicar, desse modo, promove a quebra da “insularidade da criminologia” diagnosticada por Stanley Cohen (1969, p.10) muitos anos atrás. O aparato conceitual de Bourdieu nos oferece uma metalinguagem capaz de romper com o hermetismo obsoleto do isolamento dos campos científicos.

REFERÊNCIAS

BEATTIE, John M. *Policing and punishment in London, 1660–1750: Urban crime and the limits of terror*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

BECKETT, Katherine, and Steve Herbert. *Banished: The new social control in urban America*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BERNHARD, Thomas. *Old masters: A comedy*. Chicago: The University of Chicago Press, 1992.

BEWLEY-TAYLOR, David R. *International drug control: Consensus fractured*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *The force of law: Toward a sociology of the juridical field*. Hastings Law Journal 38 (5): 805–853, 1987. [BOURDIEU, Pierre. A força do direito. In: Pierre Bourdieu. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Difusão Editora; Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.]

_____. *The logic of practice*. Cambridge: Polity Press, 1990. [BOURDIEU, Pierre. *O senso prático*. Tradução de Maria Ferreira. Petrópolis: Vozes, 2009.]

_____. *Fourth lecture: Universal corporatism: The role of intellectuals in the modern world*. *Poetics Today* 12 (4): 655–669, 1991.

_____. *The rules of art: Genesis and structure of the literary field*. Stanford: Stanford University Press, 1995. [BOURDIEU, Pierre. *As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário*. Tradução de Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.]

_____. *Practical reason: On the theory of action*. Stanford: Stanford University Press, 1998. [BOURDIEU, Pierre. *Razões práticas: sobre a teoria da ação*. Tradução de Mariza Corrêa. São Paulo: Papirus, 2011.]

_____. *Science of science and reflexivity*. Chicago: University of Chicago Press, 2004.

_____. *The social structures of the economy*. Cambridge: Polity Press, 2005.

_____. *Political interventions: Social science and political action*. London: Verso, 2008.

_____. *On the state: Lectures at the Collège de France, 1989–1992*. Cambridge: Polity Press, 2014. [BOURDIEU, Pierre. *Sobre o Estado*. Tradução de Rosa Freire Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.]

BOURDIEU, Pierre, and Loic J.D. Wacquant. *An invitation to reflexive sociology*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.

_____. *On the cunning of imperialist reason*. *Theory, Culture & Society* 16 (1): 41–58, 1999.

_____. *Neoliberal newspeak: Notes on the new planetary vulgate*. *Radical Philosophy* 105: 1–6, 2001.

BOURDIEU, Pierre, et al. *The weight of the world: social suffering in contemporary society*. Stanford: Stanford University Press, 1999. [BOURDIEU, Pierre; et al. *A miséria do mundo*. Tradução de Mateus Azevedo et. all. Petrópolis: Vozes, 2012.]

BURGESS-PROCTOR, Amanda. *Intersections of race, class, gender, and crime: Future directions for feminist criminology*. *Feminist Criminology* 1 (1): 27–47, 2006.

BUTLER, W. E. *Crime in the Soviet Union: Early glimpses of the true story*. *British Journal of Criminology* 32 (2): 144–159, 1992.

CAPUTO-LEVINE, Deirdre D. *The yard face: The contributions of inmate interpersonal violence to the carceral habitus*. *Ethnography* 14 (2): 165–185, 2014.

CARLSSON, Christoffer. *Processes of intermittency in criminal careers: Notes from a Swedish study on life courses and crime*. *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology* 57 (8): 913–938, 2012.

CHESNEY-LIND, Meda. *Patriarchy, crime, and justice: Feminist criminology in an era of backlash*. *Feminist Criminology* 1 (1): 6–26, 2006.

CHRISTIE, Nils. *Four blocks against insight: Notes on the oversocialization of criminologists*. *Theoretical Criminology* 1 (1): 13–23, 1997.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Holt, Rinehart and Winston, 1940.

COHEN, Stanley. *Hooligans, vandals and the community: A study of social reaction to juvenile delinquency*. Ph.D. thesis, The London School of Economics and Political Science (LSE), 1969. <http://etheses.lse.ac.uk/48/>. Accessed 16 October 2017.

DAYAN, Colin. *The law is a white dog: How legal rituals make and unmake persons*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

DELISI, Matt. *Pandora's box: The consequences of low self-control into adulthood*. In *Handbook of life-course criminology: Emerging trends and directions for future research*, ed. Chris L. Gibson and Marvin D. Krohn, 261–273. New York: Springer, 2013.

DILTS, Andrew. *Punishment and inclusion: Race, membership, and the limits of American liberalism*. New York: Fordham University Press, 2014.

FERRELL, Jeff, and Mark S. Hamm. *Ethnography at the edge: Crime, deviance, and field research*. Boston: Northeastern University Press, 1998.

FERRELL, Jeff, Keith Hayward, and Jock Young. *Cultural criminology: An invitation*. London: SAGE, 2008.

FLEETWOOD, Jennifer. *Narrative habitus: Thinking through structure/agency in the narratives of offenders*. *Crime, Media, Culture: An International Journal* 12 (2): 173–192, 2016.

FOUCAULT, Michel. The subject and power. In *Power: Essential works of Foucault, 1954–1984*, ed. James D. Faubion, 349–364. New York: New Press, 2001.

FRITZMANN, J.M. *Hegel*. Cambridge: Polity Press, 2014.

GARLAND, David. *The culture of control: Crime and social order in contemporary society*. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

GOODMAN, Philip; PAGE, Joshua and PHELPS, Michelle. *The long struggle: An agonistic perspective on penal development*. *Theoretical Criminology* 19 (3): 315–335, 2015.

GOTTFREDSON, Michael R, and Travis Hirschi. *A general theory of crime*. Stanford: Stanford University Press, 1990.

HARDT, Michael. Introduction. In *The affective turn*, ed. Patricia Clough. Durham: Duke University Press, 2007.

HAYES, David. *Proximity, pain, and state punishment*. *Punishment & Society*, Epub available online ahead of print, 27 March 2017, 2017. <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1462474517701303>. Accessed 18 October 2017.

HEGEL, G.W.F. *Phenomenology of spirit*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

HENRY, Stuart, and Dragan Milovanovic. *Constitutive criminology at work: Applications to crime and justice*. Albany: State University of New York Press, 1999.

HILGERS, Mathieu, and Eric Mangez (eds.). *Bourdieu's theory of social fields: Concepts and applications*. London: Routledge, 2015.

HILLYARD, Paddy, and Steve Tombs. Beyond criminology? In *Beyond criminology: Taking harms seriously*, ed. Paddy Hillyard, Christina Pantasiz, Steve Tombs, and David Gordon, 10–29. London: Pluto Press, 2004.

HOBBS, Thomas. *Leviathan*. London: Penguin, 1968.

- ILAN, Jonathan. *Street social capital in the liquid city*. *Ethnography* 14 (1): 3–24, 2013.
- LYNGSTAD, Torkild H., and Torbjørn Skardhamar. *Nordic register data and their untapped potential for criminological knowledge*. *Crime and Justice: A Review of Research* 40 (1): 613–645, 2011.
- MCMILLEN, Neil R. *Dark journey: Black Mississippians in the age of Jim Crow*. Champaign: University of Illinois Press, 1990.
- National Institute of Justice. *Projects funded under fiscal year 2015 solicitations.*, 2015. <http://www.nij.gov/funding/awards/Pages/2015.aspx>. Accessed 18 October 2017.
- PAGER, Devah. *The mark of a criminal record*. *American Journal of Sociology* 108 (5): 937–975, 2003.
- PILKINGTON, Ed. *43 years in solitary: 'There are moments I wish I was back there.'* *The Guardian*, 29 April 2016, 2016. <http://www.theguardian.com/world/2016/apr/29/albert-woodfox-43-years-solitaryconfinement-wish-i-was-back>. Accessed 18 October 2017.
- PRATT, John. *Punishment and civilization: Penal tolerance and intolerance in modern society*. London: SAGE Publications, 2002.
- _____. *Scandinavian exceptionalism in an era of penal excess: The nature and roots of Scandinavian exceptionalism*. *British Journal of Criminology* 48 (2): 119–137, 2008.
- SAMPSON, Robert, and John Laub. *Shared beginnings, divergent lives: Delinquent boys to age 70*. Harvard: Harvard University Press, 2003.
- SAMUELSON, Paul. *Credo of a lucky textbook author*. *The Journal of Economic Perspectives* 11 (2):153–160, 1997.
- SANDBERG, Sveinung. *Street capital: Ethnicity and violence on the streets of Oslo*. *Theoretical Criminology* 12 (2): 153–171, 2008.
- SANDBERG, Sveinung, and Jennifer Fleetwood. *Street talk and Bourdieusian criminology: Bringing narrative to field theory*. *Criminology and Criminal Justice* 17 (4): 365–381, 2016.
- SHAMMAS, Victor L., and Sveinung Sandberg. *Habitus, capital, and conflict: Bringing Bourdieusian field theory to criminology*. *Criminology and Criminal Justice* 16 (2): 195–213, 2016.
- SYKES, Gresham M. *The society of captives: A study of a maximum security prison*. Princeton: Princeton University Press, 1958.
- TANNENBAUM, Frank. *Crime and the community*. New York and London: Columbia University Press, 1938.
- UGWUDIKE, Pamela. *An introduction to critical criminology*. Bristol: Policy Press, 2015.
- _____. *Understanding compliance dynamics in community justice settings: The relevance of Bourdieu's habitus, field, and capital*. *International Criminal Justice Review* 27 (1):40–59, 2017.
- WACQUANT, Loic. *Punishing the poor: The neoliberal government of social insecurity*. Durham: Duke University Press, 2009.
- _____. *For a sociology of flesh and blood*. *Qualitative Sociology* 38 (1): 1–11, 2015.

WALKER, Shaun. *'Here I have nobody': Life in a strange country may be worse than Guantánamo*. The Guardian, 30 September 2016. 2016. <http://www.theguardian.com/world/2016/sep/30/worse-thanguantanamo-ex-prisoner-struggles-with-new-life-in-kazakhstan>. Accessed 18 October 2017.

WARNOCK, Geoffrey J. *English philosophy since 1900*. London: Oxford University Press, 1959.

WHITMAN, James Q. *Harsh justice: Criminal punishment and the widening divide between America and Europe*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

WIENER, Martin J. *Reconstructing the criminal: Culture, law, and policy in England, 1830–1914*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

WIKILEAKS. *The Guantanamo files: Abdullah Bin Ali Al Lutfi*. <http://wikileaks.org/gitmo/prisoner/894.html>, 2016. Accessed 18 October 2017.

YOUNG, Jock. *The tasks facing a realist criminology*. *Contemporary Crises* 11: 337–356, 1987.

_____. *The criminological imagination*. Cambridge: Polity Press, 2011.

ZIMRING, Franklin. *The great American crime decline*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

ZIZEK, Slavoj. *Less than nothing: Hegel and the shadow of dialectical materialism*. London: Verso, 2012.



LEVANDO O DIREITO DE REMESSAS A SÉRIO TAKING RIGHT TO REMITTANCES SERIOUSLY

FERNANDO CÉSAR COSTA XAVIER*

RESUMO

O artigo sustenta que o direito de cada migrante de fazer transferências de parte de suas economias e bens para outro país, frequentemente para ajudar a família e/ou a comunidade de origem – que aqui será chamado de direito de remessas – deve ser tratado como um direito migratório especial, dada a relevância que as remessas de valores têm hoje na agenda global sobre migrações e desenvolvimento. Embora esteja previsto em normas internacionais há décadas, a literatura jurídica sobre o direito de remessas, sua definição, natureza e principais características, é ainda escassa. A título de contribuição, o texto o apresenta como um direito migratório de dupla titularidade (tanto do emissor quanto do receptor das transferências), vinculado ao direito ao desenvolvimento, cujo exercício demanda procedimentos prestacionais do Estado (em especial a regulação do sistema financeiro para não onerar demasiadamente as remessas) e no qual estariam contidos os fundamentos de um direito humano econômico, social e cultural.

Palavras-chave: remessas; direito de remessas; direito humano migratório; desenvolvimento.

ABSTRACT

This paper argues that migrant's right to transfer part of his economies and goods to another country, often to provide for his family and/or community – which will be referred to here as right to remittances – should be treated as a special migratory right, mainly because of the relevance that remittances have today on the global migration and development agenda. Although provided for in international standards for decades, legal literature on the right to remittance, its definition, nature and main features, is still scarce. By way of contribution, the text presents it as a double-ownership migratory right (both transfers' remitters and recipients), linked to the right to development, whose exercise demands any state performance procedures (particularly the regulation of the financial system so as not to overburden remittances), and in which the foundations of an economic, social and cultural human right would be contained.

Keywords: remittances; right to remittances; migratory human right; development.

* Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília (UnB).
Professor Adjunto IV do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima (UFRR).
Professor Doutor Nível I do Curso de Direito da Universidade Estadual de Roraima (UERR).
fxavier010@hotmail.com

Recebido em 9-1-2020 | Aprovado em 13-2-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A REMESSA ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO; 1.1 Fontes e instrumentalização; 1.2 A dupla titularidade; 1.3 A não-onerosidade; 2 DIREITO DE REMESSAS, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO À RENDA BÁSICA; 3 O DIREITO DE REMESSAS ENQUANTO DIREITO HUMANO MIGRATÓRIO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

O artigo busca evidenciar os aspectos jurídicos mais relevantes associados ao direito que os sujeitos têm de transferirem internacionalmente remessas de valores em contextos migratórios. É curioso que sejam escassas as referências bibliográficas a respeito desse direito, de vez que os fundamentos que o envolvem estão compreendidos nos intensos debates em curso sobre migração internacional e desenvolvimento no contexto do Sul Global.

Há anos pesquisas têm atestado que o dinheiro que é encaminhado por grupos de migrantes para os seus países de origem tem um impacto socioeconômico que não pode ser subestimado. Em abril de 2019, o chefe do *Global Knowledge Partnership on Migration and Development* (KNOMAD), Dilip Ratha, destacava que “As remessas estão a caminho de se tornar a maior fonte de financiamento externo nos países em desenvolvimento”¹.

É também insólito que não haja uma literatura satisfatória sobre o que aqui se denomina *direito de remessas*, uma vez que ele se encontra previsto, mesmo que timidamente, nos mais importantes instrumentos normativos que tratam de migrações e migrantes. Um desses instrumentos são os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU, que estabeleceram como uma meta para reduzir a desigualdade “dentro dos países e entre eles”, que, até 2030, sejam diminuídos os custos de transação de remessas dos migrantes, e eliminadas as barreiras fiscais que oneram as transferências.

Nesse passo, é preciso não apenas recordar a importância das remessas para o desenvolvimentismo, como também, principalmente, enfatizar que elas pressupõem um direito subjetivo que tem reconhecimento em diversas fontes, e cuja definição e classificação, todavia, ainda se encontram pendentes de uma formulação mais objetiva e direta. No esforço de delimitação do direito de remessas, deve-se ainda levar em consideração que a sua eficácia depende de que sejam as remessas progressivamente desoneradas, para então discutir-se, à vista de sua realização plena, se esse direito poderia ser tomado como um direito humano do migrante.

¹ RATHA, Dilip. Remittances on track to become the largest source of external financing in developing countries. *World Bank Blogs*, abr. 08, 2019. Disponível em: <https://www.worldbank.org/en/news/press-release/2019/04/08/record-high-remittances-sent-globally-in-2018>.

1 A REMESSA ENQUANTO DIREITO SUBJETIVO

Em termos mais técnicos, as *remessas* são transferências internacionais de fundos financeiros, através de instrumentos usualmente bancários, entre pessoas que estão distantes umas das outras. De forma simplificada, pode-se dizer que o termo *remessa* é utilizado para denominar as transferências de economias feitas por emigrantes para residentes que permanecem no país de origem². Desse fluxo de remessas entre os países do imigrante e do beneficiário da transferência, seriam formados os chamados “corredores de remessas”, os quais representariam um fenômeno importante para mitigar as desigualdades dos países afetados por processos migratórios³.

Ainda que essa definição de remessas as inscreva no léxico predominantemente economicista, Peggy Levitt e Deepak Lamba-Nieves⁴ destacam que há ainda uma profunda dimensão *social* nelas, de modo que também são objeto de transferências pelos migrantes, para suas comunidades de origem, ideias, comportamentos, identidades, capital social etc. Sem desconsiderar isso, deve-se notar que são os aspectos econômicos que moldam predominantemente o debate sobre remessas, cabendo então, como corretamente faz Christina Atekmangoh⁵, abordar o tema das remessas sem perder de vista suas dimensões econômica e sociocultural.

O *direito de remessas* ou *direito de transferir ganhos e poupanças* (*right to remittances of earnings*) – Maria Teresa Sanabria o chama de “direito à transferência de economias”⁶ – seria um direito próprio do migrante, que, passando a auferir renda no país de destino, teria o direito razoável de gerir seus ganhos como lhe aprouvesse, podendo, inclusive, remetê-los para outros países através de transferências financeiras.

A par de outras classificações possíveis, as remessas podem ser distinguidas em tipos que levam em conta os motivos e interesses do remetente, os quais podem variar desde o interesse altruísta de ajudar parentes e amigos até o autointeresse de pagar dívidas ou fazer um seguro⁷. Tal tipologia, apesar de irrelevante para a caracterização mais geral do direito subjetivo, pode revelar-se importante para caracterizá-lo como um direito humano, tomando

² DO, Thi Hong Hao; FEN, May Liou. *Financial Institutions and remittances market in Vietnam*. 2010. 59 f. Dissertação (Mestrado em Global Master of Business Administration Program) – National Chiao Tung University, Hsinchu, Taiwan, 2010; e BARRY, Christian; ØVERLAND, Gerhard. Why remittances to poor countries should not be taxed. *NYU Journal of International Law and Politics* 42 (1), 2010, pp. 1180-1207.

³ BOUHGA-HAGBE, Jacques. Altruism and Workers’ Remittances: Evidence from Selected Countries in the Middle East and Central Asia. *IMF Working Paper*, WP/06/130, 2006, pp. 1-29.

⁴ LEVITT, Peggy; LAMBA-NIEVES, Deepak. Social Remittances Revisited. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37:1, 2011, pp. 1-22. DOI: 10.1080/1369183X.2011.521361

⁵ ATEKMANGO, Christina. “*Les Mbengis*” – *Migration, Gender, and Family: The moral economy of transnational cameroonian migrants’ remittances*. Mankon, Bamenda: Langaa Research & Publishing CIG, 2017.

⁶ SANABRIA, Maria Teresa Palacios. *La vida digna en el contexto de la inmigración: Los trabajadores migratorios*. 2012. 412f. Tese (Doutorado em Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales) – Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha. 2012.

⁷ AGARWAL, Reena; HOROWITZ, Andrew W. Are International Remittances Altruism or Insurance? Evidence from Guyana Using Multiple-Migrant Households. *World Development*, vol. 30, 2002, pp. 2033-44.; e DO; FEN, *op. cit.*

como pressuposto que as remessas mais frequentes são de tipo altruísta ou filantrópico⁸, o que lhes reveste de um profundo apelo ético.

1.1 Fontes e instrumentalização

Para além de seu valor ético, há variadas fontes normativas, nacionais e internacionais, que conteriam disposições em seus textos positivando o direito de remessas em favor de migrantes e suas famílias.

Dentre as fontes internacionais de natureza vinculante, caberia destacar a Convenção 97 (Sobre Trabalhadores Migrantes) da OIT (art. 9º), a Convenção Europeia Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (art. 17) e a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias (art. 47), além de instrumentos não-vinculantes (*non-binding*), como, *inter alia*, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – Resolução 70/1 da AG/ONU (Objetivo 10.c), a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes – Resolução 71/1 da AG/ONU (item 46), Pacto Global para a Migração Segura, Ordenada e Regular – Resolução 73/195 da AG/ONU (Objetivo 20).

No Brasil, o direito à transferência de remessas por migrantes somente foi expressamente previsto na atual Lei de Migração (Lei 13.445/2017), que, em seu art. 4º, V, dispõe que é assegurado ao migrante “o direito de transferir recursos decorrentes de sua renda e economias pessoais a outro país, observada a legislação aplicável”⁹. Na legislação anterior – o Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980) – esse direito não aparecia listado, o que se considerou algo “surpreendente”¹⁰ à vista do amplo reconhecimento dele no direito internacional e no direito comparado há décadas.

Embora esteja previsto hoje em importantes fontes, é ainda necessário compará-las para se perceber que o alcance do direito de remessas varia em algumas delas. Para que não fique restrito ao plano programática, esse direito necessita cumprir a sua finalidade sócio-econômica, e tal finalidade está diretamente ligada a um dos efeitos positivos da migração apontados por Paulo Henrique Faria Nunes¹¹, a saber, a possibilidade de recebimento de divisas (remessas) pelos que permanecem no país de origem.

⁸ Segundo Ana Cristina B. Martes e Weber Soares, “os dados revelam que a grande maioria dos emigrantes que enviam dinheiro ao Brasil tem por objetivo ajudar a família”, cf. MARTES, Ana Cristina Braga; WEBER, Soares. Remessas de recursos dos imigrantes. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 20, n. 57, ago. 2006, p. 45.

⁹ Ao comentar o Projeto de Lei do Senado 288/2013, que serviu de base para a legislação atual, Guilherme de Oliveira Schmitz afirma que “A menção do legislador, na proposta do Senado, ao direito do imigrante de transferir recursos para seu país de origem demonstra a sensibilidade deste para o papel que as remessas de imigrantes têm no complemento da renda familiar do estrangeiro no exterior ou mesmo no pagamento de compromissos no país de origem”. Cf. SCHMITZ, Guilherme de Oliveira. *Propostas para a atualização da legislação migratória brasileira: princípios norteadores, direitos e garantias, deveres, impedimentos e restrições*. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2016, p. 19.

¹⁰ SCHMITZ, Guilherme de Oliveira. *Propostas para a atualização da legislação migratória brasileira: princípios norteadores, direitos e garantias, deveres, impedimentos e restrições*. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2016.

¹¹ NUNES, Paulo Henrique Faria. *Lei de Migração: novo marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas*, Goiânia: Edição do Autor, 2017.

Se os corredores de remessas funcionam bem, o migrante, que agora alcançou um melhor status em termos de renda e bem-estar, pode fazer transferências e com elas amparar (material e afetivamente) pessoas que, do outro lado da fronteira, estão em necessidade. Os próprios Estados envolvidos podem se beneficiar economicamente com os fluxos, taxando as transferências e evitando que a migração tome proporções incontrolláveis, haja vista que a família beneficiada com remessas regulares terá menos razões para juntar-se ao fluxo migratório.

Há então a necessidade incontornável de que seja assumido pelos Estados uma política fiscal que, sem poder evitar a incidência de tributos sobre as transferências, ocupe-se de evitar que a tributação não subtraia o poder aquisitivo que as remessas têm ou teriam para os beneficiários. Nesse sentido, a instrumentalização mais adequada do direito de remessas, que busca dar-lhe eficácia, encontra-se proposta no mais recente *soft law* internacional das Nações Unidas sobre a matéria, a Declaração de Nova York para Refugiados e Migrantes. O item 46 dessa Declaração conclama os países a promoverem “transferências mais rápidas, baratas e seguras de remessas de migrantes nos países de origem e destinatários, inclusive através de uma redução nos custos de transação”¹².

Antes dela, os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, no Objetivo 10.c, dispuseram de modo mais específico sobre como isso deveria ser feito, definindo percentuais e prazos: “Até 2030, reduzir para menos de 3% os custos de transação das remessas de migrantes e eliminar os corredores de remessas com custos superiores a 5%”¹³. Por sua vez, o Pacto Global sobre Migração, mais recente dos instrumentos não-vinculantes, reiterou expressamente o caminho traçado pelo ODS 10.c, e dedicou um tópico inteiro à meta de “Promover transferências de remessas mais rápidas, seguras e baratas e promover a inclusão financeira dos migrantes” (Objetivo 20)¹⁴.

No Conjunto dos instrumentos vinculantes, a Convenção sobre Trabalhadores Migrantes da ONU, adotada em 1990 e em vigor internacional desde 2003, limitou-se a dispor, de maneira lacônica, que os países concernidos deveriam adotar “as medidas adequadas a facilitar tais transferências”¹⁵, deixando de fazer referência inequívoca à regulação do sistema tributário.

¹² UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 September 2016*. A/RES/71/1. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/71/1>. Acesso em: 13 fevereiro 2020.

¹³ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015*. A/RES/71/1. Disponível em: <https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E>. Acesso em: 13 fevereiro 2020.

¹⁴ UNITED NATIONS. General Assembly. *Resolution adopted by the General Assembly on 19 December 2018*. A/RES/73/195. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_73_195.pdf>. Acesso em: 13 fevereiro 2020.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias*. Adotada pela Resolução 45/158 da Assembleia Geral da ONU em 18 de dezembro de 1990. Disponível em: <<http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%AAdias.pdf>>. Acesso em: 13 fevereiro 2020.

1.2 A dupla titularidade

As transferências de valores unem duas pontas, a que envia e a que recebe, podendo então sustentar-se que o direito de remessas pode constituir-se tanto como o direito do imigrante de transferir seus ganhos e poupanças a pessoas em outro país (direito de remessas ativo) quanto o direito daquele que reside no outro país, de origem, de receber os valores transferidos pelo emigrante (direito de remessas passivo)¹⁶. O remetente seria o titular ativo que teria o direito de enviar as remessas, e o receptor seria o titular passivo, que teria o direito de recebê-las.

De uma perspectiva ética, a transferência seria uma obrigação ao remetente e um direito moral do beneficiário, principalmente se este for alguém em situação de carência social¹⁷. No entanto, Lisa Åkesson pontua que, mesmo em sentido moral, o migrante remetente poderia imaginar-se exercendo um autêntico “direito” em face do destinatário, como um trabalhador que envia dinheiro à mãe pobre e quer influenciar no uso que ela deve fazer dele, a despeito de a mãe poder ainda alegar que tem uma melhor compreensão da realidade local e esteja mais qualificada para decidir a maneira mais útil com que o dinheiro transferido pode ser gasto¹⁸.

Por fim, o direito de remessas poderia ainda ser tratado como um direito *procedimental* do remetente, isto é, uma garantia conferida a ele para exigir das agências responsáveis que a remessa possa chegar ao destinatário. O papel dos Estados ante esse direito procedimental, como dito, revela-se curial à medida que eles podem facilitar ou dificultar o fluxo dos corredores de remessas através da regulação dos serviços bancários e postais, e de tributações mais ou menos abrasivas.

1.3 A não-onerosidade

A ênfase na necessidade de redução dos custos de transferências das remessas, conforme defende a ONU, presta-se a esclarecer que não basta disponibilizar os instrumentos financeiros (bancários) que possibilitam os procedimentos de transferência, ou mesmo, como diz o Pacto Global, “aumentar a interoperabilidade da infraestrutura de remessas”, sendo tão

¹⁶ Abordando o caso da Somália, Diede Sterenborg diz que o direito de receber remessas enviadas por emigrantes se estenderia ao clã no qual está inserido o receptor. Cf. STERENBORG, Diede. *Both Sides of the Coin: Remittances and the transnational relationship of Somalis*. 2012. 132 f. Dissertação (Mestrado em Human Geography: Conflicts, Territories and Identities) – Radboud University, Nijmegen, Holanda, 2012.

¹⁷ Citando o caso de uma comunidade nos Camarões, Christina Atekmangoh ilustra como os beneficiários veem as remessas como “presentes”, destacando o aspecto moral da demanda dos que acreditam que receber remessas significativas dos emigrantes é uma mostra de intimidade e confiança: “Por exemplo, quando as famílias reclamam que não recebem nada (remessas financeiras e/ou outras formas de presentes) de seus migrantes, na verdade significa que recebem menos do que o esperado. Este é o caso especialmente quando o membro da família sente que tem um relacionamento próximo/íntimo com o migrante. As famílias desdenham dos migrantes que tendem a esquecê-los”. Cf. ATEKMANGO, Christina. “*Les Mbengis*” – *Migration, Gender, and Family: The moral economy of transnational cameroonian migrants’ remittances*. Mankon, Bamenda: Langaa Research & Publishing CIG, 2017, p. 33.

¹⁸ ÅKESSON, Lisa. *Remittances and Relationships: Exchange in Cape Verdean Transnational Families*, *Ethnos*, 76:3, 2011, pp. 326-347, DOI: 10.1080/00141844.2011.577229.

ou mais importante assegurar que elas sejam realizadas de maneira não-burocrática e livres de ônus excessivos.

É evidente, como reconhece o Pacto, que os países devem dispor de mecanismos para impedir que supostas remessas camuflam lavagem de dinheiro ou fluxos financeiros ilícitos, no entanto, políticas fiscais onerosas e discriminatórias não seriam a via adequada para fazer frente a isso. O panorama ideal envolveria uma concertação entre os países: “[...] as taxas exorbitantes cobradas pelos agentes de transferência de dinheiro representam uma drenagem das remessas e afetam principalmente os migrantes pobres. Para resolver esse problema adequadamente, as políticas dos países remetentes e anfitriões devem ser coordenadas”¹⁹.

Uma forma eficiente de diminuir drasticamente os custos das transferências é fortalecer as alternativas aos mecanismos convencionais (bancários) de operacionalização de remessas, isto é, fomentar novos agentes para que atuem paralelamente ao mercado tradicional de remessas. Esses agentes incluiriam desde bancos digitais até indivíduos que utilizam tecnologias de dinheiro móvel ou formas mais rudimentares de envio de dinheiro interbancos (com esquemas de saques e depósitos em agências fronteiriças). O Objetivo 20, (d), do Pacto Global se mostra atento a essa possível solução:

[Os países se comprometem a] Estabelecer políticas conducentes e estruturas reguladoras que promovam um mercado competitivo e inovador de remessas, remover obstáculos injustificados aos provedores de serviços de remessas não bancários no acesso à infraestrutura do sistema de pagamentos, aplicar isenções ou incentivos fiscais às transferências de remessas, promover o acesso ao mercado a diversos provedores de serviços, incentivar o setor privado a expandir os serviços de remessa e melhorar a segurança e a previsibilidade de transações de baixo valor, tendo em mente preocupações com menores riscos, e desenvolver uma metodologia para distinguir remessas de fluxos ilícitos [...] (destaquei)

Substituir os bancos tradicionais, ou pelo menos quebrar-lhes o monopólio do mercado de remessas, é algo urgente. Dilip Ratha diz que eles são os canais mais caros, e que cobraram no primeiro trimestre de 2019 uma taxa média de 11% pelas transferências internacionais (para valores médios de U\$ 200) – i.e., mais que o dobro estipulado pela ONU como limite²⁰. Ele também defende que deve ser regulamentada (e promovida) a atuação de novos players nesse mercado, que possam operar através de agências postais ou empresas de telecomunicações. Em verdade, a simples ampliação da capilaridade do sistema bancário, com mais agências disponíveis aos usuários, poderia levar à redução progressiva dos custos das remessas²¹.

¹⁹ OGER, Hélène. The French political refusal on Europe’s behalf. In: CHOLEWINSKI, Ryszard; GUCHTENEIRE, Paul de; PÉCOUD, Antoine (eds.). *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*. Cambridge: Cambridge University Press / UNESCO, 2009., p. 316.

²⁰ RATHA, *op. cit.*

²¹ FREUND, Caroline; SPATAFORA, Nikola. *Remittances: transaction costs, determinants, and informal flows*, World Bank Policy Research Working Paper 3704, World Bank, Washington, DC, 2005.

Rajen Mookerjee e Jellina Roberts²², com base em estudo quantitativo, sustentam que altos custos da transação não necessariamente diminuem os fluxos de remessas. Porém, note-se que aqui não se está afirmando que *o fluxo das remessas* é diminuído com incidências tributárias elevadas, mas, tão somente, que *o poder de compra representado pelos valores remetidos* é diminuído, em valores absolutos e relativos, o que já é suficiente para minar a efetividade do exercício do direito de reservas. Quando Dilip Ratha assinalou que os altos custos impostos às transferências de dinheiro pelos migrantes reduzem consideravelmente os benefícios da migração, era nesse sentido a que estava se referindo²³.

A propósito, a forma apropriada de designar o direito em questão, a ser reivindicada pelos titulares em face dos Estados, seria, portanto, como *direito de remessas não-oneradas*. Por corolário, seria considerado violado o direito não somente quando não há liberdade financeira e meios burocráticos para enviar remessas para fora, mas também quando são aplicadas políticas fiscais draconianas que tornam elevado o custo das transferências e depauperam o poder de compra dos valores remetidos.

2 DIREITO DE REMESSAS, DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E DIREITO À RENDA BÁSICA

A relação entre o direito de remessas e o direito ao desenvolvimento (*right to development*) não deve ser meramente metonímica, isto é, não se deve pela simples referência a este tentar encerrar aquele. Eles estão ligados, mas não são a mesma coisa.

Em primeiro lugar, é incontroverso que as remessas de valores estão relacionadas a uma conjuntura de redução global de desigualdades internacionais, e que esta é uma das matérias abrangidas pelo direito ao desenvolvimento – tal como propugnado pelo jurista senegalês Kéba M'Baye nos anos 70²⁴, e reconhecido pela ONU na década seguinte:

O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos têm o direito de participar, contribuir e desfrutar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais podem ser plenamente realizados (art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela AG/ONU, Resolução 1/128, de 4.12.86).

O direito do migrante de livremente dispor de suas economias e rendas obtidas legalmente, podendo inclusive transferi-la ao exterior, seria um dos direitos e liberdades a serem plenamente realizados em um cenário de desenvolvimento econômico, social, cultural e político entre os povos e as pessoas, como idealizado por M'Baye.

Isso deve significar, contudo, que o direito de remessas seria um tópico inserto no direito ao desenvolvimento, quando relacionado este à migração, ou, antes, que este seria a

²² MOOKERJEE, Rajen; ROBERTS, Jellina. Banking services, transaction costs and international remittance flows, *Applied Economics Letters*, 18:3, 2011, pp. 199-205, DOI: 10.1080/13504851003614146.

²³ RATHA, *op. cit.*

²⁴ M'BAYE, Kéba. *Emergence of the 'Right to Development' as a Human Right in the Context of a New International Economic Order*. Paper apresentado à 'UNESCO Meeting of Experts of Human Needs and the Establish of a New International Economic Order'. Paris, jun. 1978, pp. 19-23.

condição de possibilidade daquele. Em todo caso, substituir lexicalmente o direito de remessas pelo direito ao desenvolvimento constituiria um reducionismo inconsequente²⁵.

De outro lado, há também uma aproximação entre o direito de remessas e o direito à renda básica, quando se pensa que o remetente faz é fornecer ao receptor um subsídio ou renda modesta, em intervalos regulares, funcionando como um programa de redistribuição. Ainda que se pense que há no caso das remessas o traço diferencial de que o fornecedor é um ator não-estatal, versões mais sofisticadas como direito a uma renda básica, como a de Phillipe Van Parijs, sequer tomam o Estado como um elemento necessário para o exercício desse direito²⁶.

O que se quer aqui observar, porém, é que o direito do migrante de transferir suas rendas e economias encontraria um limite no direito à renda básica, sendo eles, a princípio, excludentes entre si. Primeiramente, a família que recebe auxílios regulares sob a forma de remessas não poderia, por isso, reivindicar também renda básica (pelo menos as que não são incondicionais), pois é requisito para o seu recebimento que o beneficiário não seja assistido por qualquer renda, ou então que a renda recebida seja inferior a um certo piso e por isso incapaz de assegurar níveis básicos de vida digna.

Em segundo lugar, o imigrante não teria o direito (ou, caso tenha, ele não está coberto pelo direito de remessas) de transferir a totalidade ou quase totalidade de seus proventos pessoais, privando-se ele próprio de qualquer renda básica que lhe assegure o mínimo de dignidade social. Essa hipótese criaria um cenário indesejável em que um grupo seria auxiliado financeiramente em um país à custa do desamparo de um sujeito em outro.

Ainda que um cenário como esses possa ser considerado improvável, contrapondo-se a ele o suposto auto-interesse do imigrante, não se pode descartar nem a disposição ao sacrifício de migrantes devotados à família e à comunidade, nem a disposição à fraude de migrantes eventualmente interessados em beneficiar-se, com a transferência total de rendas, de programas governamentais de transferência de renda no país em que se fixaram. Somente na hipótese de que auferam renda exígua, mantendo-se ainda em situação de pobreza ou extrema pobreza²⁷, é que poderiam ser beneficiários de auxílio governamental, independente de transferirem os valores exíguos, total ou parcialmente.

²⁵ Há, contudo, abordagens que apresentam o direito ao desenvolvimento de uma perspectiva mais restrita, como um direito mínimo (dentre outros) das pessoas em contextos migratórios a oportunidades individuais pelas quais possam desenvolver capacidades críticas, criativas e artísticas. Nesse sentido, cf.: WISE, Raúl Delgado; COVARRUBIAS, Humberto Márquez; PUENTES, Ruben. Reframing the Debate on Migration, Development and Human Rights. *Popul. Space Place*, 2013, 19: 430-443. doi:10.1002/psp.1783. Essa acepção, contudo, contém um claro déficit conceitual em relação ao direito ao desenvolvimento como disposto na Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento.

²⁶ VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? *Estudos avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, 2000, p. 179-210.

²⁷ O Programa Bolsa Família considera famílias em situação de pobreza quando renda por pessoa varia entre R\$ 89,01 a R\$ 178,00, e em situação de extrema pobreza, quando a renda por pessoa de até R\$ 89,00 por mês. Cf.: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. *Perguntas Frequentes sobre o Programa Bolsa Família: Quem pode receber o Bolsa Família?* Disponível em: <<http://www.caixa.gov.br/programas-sociais/bolsa-familia/perguntas-frequentes/Paginas/default.aspx>>. Acesso em: 13 fevereiro 2020.

3 O DIREITO DE REMESSAS ENQUANTO DIREITO HUMANO MIGRATÓRIO

O direito de remessas, embora não apareça identificado com esse nome nas normas internacionais e domésticas que reúnem direitos migratórios, teve aqui realçadas as suas principais características, a saber, de que se trata de um direito migratório de dupla titularidade, cuja eficácia depende de procedimentos a serem adotados pelos países em que se encontram o remetente e o receptor. Essas características, entretanto, não são suficientes para qualificá-lo como um direito humano.

Com vistas a examinar a possibilidade dessa qualificação, é necessário, primeiramente, registrar que há inúmeros trabalhos acadêmicos que relacionam direitos básicos de migrantes a políticas de direitos humanos, assim como legislações que igualmente ressaltam a presumida relação necessária entre estas e aqueles²⁸. Isso, inclusive, tem levado à criação de bordões como “Migrar é um direito humano”, que tem um significado político salutar, mas é teoricamente desaconselhável, pois conduz à conclusão equivocada que qualquer direito de migrantes, relacionado à experiência migratória, seria forçosamente um direito humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. 13, tratando dos direitos de livre circulação e migração, enumera três direitos humanos migratórios: (i) o direito de migração interna: “Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado”; (ii) o direito de emigração: “Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu”; e (iii) o direito de regresso: “[Toda pessoa tem] o direito de regressar ao seu país”²⁹. Como um texto canônico, esse índice básico de direitos humanos migratórios deveria ser observada, conquanto, por evidente, precise ser atualizada para incorporar outros que a complexidade do fenômeno migratório a partir da segunda metade do séc. XX fez surgirem.

Desse modo, a questão passa a ser se o direito de remessas estaria compreendido nos novos direitos migratórios que poderiam ser considerados direitos humanos, vez que nem todos eles o são. E talvez seja importante referir que *direitos humanos migratórios* correspondem a uma categoria específica, e não se confunde com *direitos humanos do migrante*. Estes são todos os direitos humanos reconhecidos como tais, cuja titularidade alcançam o migrante como pessoa que é (direito à vida, segurança pessoal, à limitação razoável da jornada de trabalho, à saúde etc.), enquanto aqueles são os direitos de cujo reconhecimento e efetivo exercício depende a dignidade do migrante enquanto migrante. E, a propósito, são os direitos humanos do migrante, não necessariamente os direitos humanos migratórios, os mais frequentemente violados nos contextos migratórios contemporâneos.

Em segundo lugar, deve-se assumir que a vinculação do direito de remessas ao direito ao desenvolvimento faz sobressair a função social e emancipatória que as remessas desempenham, reclamando para elas, em razão disso, um tratamento fiscal e burocrático

²⁸ Na Nova Lei de Migração, o art. 3º, diz no inciso I que a política migratória brasileira rege-se pela diretriz de “universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”, e no inciso XV que deve haver a cooperação internacional entre Estados de origem, de trânsito e de destino de movimentos migratórios “a fim de garantir efetiva proteção aos direitos humanos do migrante”.

²⁹ Note-se que não consta na DUDH a previsão do direito de imigrar, de ingressar em um país, como direito humano, não obstante se possa tentar defendê-lo como um resultado necessário, ante a constatação de que são direitos humanos o direito de emigração (art. 13, 2, primeira parte) e o direito à nacionalidade (art. 15, 1).

diferente daquele dado a outros tipos fluxos financeiros internacionais, como o investimento estrangeiro direto.

Pode-se partir do pressuposto, difícil de refutar, de que o envio de remessas ajuda na promoção, principalmente no país receptor, de diversos direitos já reconhecidos como direitos humanos. Existem inúmeros trabalhos apontando o impacto local que as remessas têm, por exemplo, em relação à democratização do acesso à terra e ao aumento da produção agropecuária familiar no longo prazo³⁰, à racionalização do planejamento familiar, com redução dos impactos ambientais no longo prazo³¹, à escolarização e à retenção escolar³², ou à diminuição da mortalidade infantil e à melhora da saúde materna³³.

Em terceiro, para além dos efeitos provocados pelas remessas – supondo-se que sejam categóricos as hipóteses e resultados dos trabalhos acima referidos –, que contribuiriam diretamente para a promoção de outros direitos humanos, há conexões entre o direito de remessas e outros direitos humanos consolidados, reconhecidos em instrumentos internacionais diretos.

Os fundamentos primordiais desse direito migratório poderiam ser buscados e encontrados tanto, da perspectiva dos remetentes, no direito à propriedade – e de seu necessário complemento, isto é, a liberdade de dispor dela, desde que em consonância com o interesse social (art. 17, 1, da DUDH, e art. 21, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), quanto, da perspectiva dos receptores, no direito ao bem-estar social mínimo, para cuja realização concorrem tanto os Estados quanto as sociedades (art. 25, 1, primeira parte, da DUDH, e art. 11, 1, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais). A Convenção sobre Trabalhadores Migrantes ressalta ambas as perspectivas ao prever que

Art. 47.

1. Os trabalhadores migrantes têm o direito de transferir os seus ganhos e economias, em particular as quantias necessárias ao sustento das suas famílias, do Estado de emprego para o seu Estado de origem ou outro Estado. A transferência será efetuada segundo os procedimentos estabelecidos pela legislação aplicável do Estado interessado e em harmonia com os acordos internacionais aplicáveis.
2. Os Estados interessados adotam as medidas adequadas a facilitar tais transferências.

Pode-se admitir que há dúvidas razoáveis sobre se as outras fontes que também preveem de modo mais explícito o direito de transferir remessas seriam normas de direitos humanos; contudo, essas dúvidas não alcançam a acima citada Convenção da ONU, que é

³⁰ DAVIS, Jason, LOPEZ-CARR, David. Migration, remittances and smallholder decision-making: implications for land use and livelihood change in Central America. *Land Use Policy* (38), 319–329, 2014, pp. 319-329. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2013.09.001>

³¹ *Id.* The effects of migrant remittances on population-environment dynamics in migrant origin areas: international migration, fertility, and consumption in highland Guatemala. *Population and Environment*, 32 (2-3), 2012, pp. 216–237.

³² EDWARDS, Alejandra Cox; URETA, Manuelita. 2003. International Migration, Remittances and Schooling: Evidence from El Salvador. *Journal of Development Economics*, 72 (2):429-461.

³³ MCKENZIE, David J.; HILDEBRANDT, Nicole. The Effects of Migration on Child Health in Mexico. *Economia*, 6 (1): 2005, pp. 257-289.

oficialmente considerada um instrumento do seu acervo central de tratados de direitos humanos (*core human rights treaties*). Ela é o único e principal tratado de direitos humanos das Nações Unidas sobre direitos migratórios, ainda que considerada um “primo pobre” na família dos tratados de direitos humanos, devido, em grande parte, ao baixo número de ratificações que recebeu³⁴.

Sendo um direito humano, resta ainda saber qual seria a dimensão a que pertenceria o direito de remessas. De um lado, ele poderia ser encarado como um direito *individual* ou *civil e político* (dispondo sobre a liberdade individual de cada migrante, incluindo o que transfere e o que recebe), que para o seu efetivo exercício reclamaria uma postura absenteísta do Estado tributador (prestação negativa); de outro, poderia ser visto como um *direito de um grupo socialmente vulnerável*, ou um *direito econômico, social e cultural*, que para o seu efetivo exercício reclamaria a atuação de um Estado fiscalmente comprometido com o bem-estar dos migrantes através de políticas de facilitação de remessas (prestação positiva). Como visto, as fontes desse direito salientam as duas dimensões.

Ainda que ele possa ser identificado corretamente como um direito bidimensional (ao mesmo tempo individual e social), é certo que direitos assim tendem a inclinar-se, no fim das contas, para uma das duas dimensões tradicionalmente estabelecidas. Pode-se admitir, como se faz nos casos do direito à liberdade sindical ou ao acesso a medicamentos que, embora estejam associados estes ao exercício da liberdade individual ou de demandas individualizáveis, eles integram um conjunto de direitos cingidos à dimensão da promoção do bem-estar social e da proteção de grupos socialmente marginalizados. O mesmo se poderia dizer para o direito de remessas: se bem que seu fundamento alude tanto à liberdade individual quanto à igualdade social, ele poderia restar classificado como um direito econômico, social e cultural.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não obstante esteja previsto em importantes instrumentos normativos, o direito de remessas ainda conta com muito poucas as referências na literatura jurídica que abordam como um direito migratório – e muitas delas sequer lhe atribuem uma denominação distintiva. O tratamento superficial desse direito contrasta fortemente com a importância que as remessas de valores têm hoje em contextos migratórios, conforme reconhecido na agenda formulada pelas Nações Unidas em instrumentos não-vinculantes (principalmente os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável e o Pacto Global para a Migração).

A despeito disso, o direito de remessas seria hoje um dos direitos migratórios que mais mereceria destaque na atualidade. Tendo como titulares tanto o remetente quanto o receptor, ele abrangeria tanto a postulação do sujeito que reclama por garantias para livremente transferir seus ganhos e economias para o seu país de origem, quanto a pretensão coletiva do grupo familiar ou comunitário que, nesse país, reclama por assistência e segurança social mínima.

³⁴ GRANGE, Mariette; D’AUCHAMP, Marie. Role of civil society in campaigning for and using the ICRMW. In: CHOLEWINSKI, Ryszard; GUCHTENEIRE, Paul de; PÉCOUD, Antoine (eds.). *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers’ Rights*. Cambridge: Cambridge University Press / UNESCO, 2009.

A realização do direito de remessas, através de transferências desembaraçadas por corretores estáveis, depende de que os Estados envolvidos (o país de destino e o de origem) ajustem suas políticas fiscais, para que o ônus tributário imposto às remessas de valores não lhes retire o poder aquisitivo, sem o que o fim social que ele é capaz de promover não pode ser alcançado a contento.

Dados os seus fundamentos, bem como a sua relação estreita com o direito ao desenvolvimento, o direito de remessas poderia ser listado como um *direito humano*, ou mais propriamente com um *direito humano migratório*, o qual, enlaçando aspectos de direito individual e direito social, poderia ser classificado, em última instância, como um direito econômico, social e cultural.

REFERÊNCIAS

AGARWAL, Reena; HOROWITZ, Andrew W. Are International Remittances Altruism or Insurance? Evidence from Guyana Using Multiple-Migrant Households. *World Development*, vol. 30, 2002, pp. 2033-44.

ÅKESSON, Lisa. Remittances and Relationships: Exchange in Cape Verdean Transnational Families, *Ethnos*, 76:3, 2011, pp. 326-347, DOI: 10.1080/00141844.2011.577229

ATEKMANGO, Christina. “*Les Mbengis*” – *Migration, Gender, and Family: The moral economy of transnational cameroonian migrants’ remittances*. Mankon, Bamenda: Langaa Research & Publishing CIG, 2017.

BARNEY, Keith. Land, livelihoods, and remittances, *Critical Asian Studies*, 44:1, 2012, pp.57-83.

BARRY, Christian; ØVERLAND, Gerhard. Why remittances to poor countries should not be taxed. *NYU Journal of International Law and Politics* 42 (1), 2010, pp. 1180-1207.

BOUHGA-HAGBE, Jacques. Altruism and Workers’ Remittances: Evidence from Selected Countries in the Middle East and Central Asia. *IMF Working Paper*, WP/06/130, 2006, pp. 1-29.

DAVIS, Jason, LOPEZ-CARR, David. Migration, remittances and smallholder decision-making: implications for land use and livelihood change in Central America. *Land Land Use Policy* (38), 319–329, 2014, pp. 319-329. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2013.09.001>

_____. The effects of migrant remittances on population-environment dynamics in migrant origin areas: international migration, fertility, and consumption in highland Guatemala. *Population and Environment*, 32 (2-3), 2012, pp. 216-237.

DO, Thi Hong Hao; FEN, May Liou. *Financial Institutions and remittances market in Vietnam*. 2010. 59 f. Dissertação (Mestrado em Global Master of Business Administration Program) – National Chiao Tung University, Hsinchu, Taiwan, 2010.

- EDWARDS, Alejandra Cox; URETA, Manuelita. 2003. International Migration, Remittances and Schooling: Evidence from El Salvador. *Journal of Development Economics*, 72 (2):429-461.
- FREUND, Caroline; SPATAFORA, Nikola. *Remittances: transaction costs, determinants, and informal flows*, World Bank Policy Research Working Paper 3704, World Bank, Washington, DC, 2005.
- GRANGE, Mariette; D'AUCHAMP, Marie. Role of civil society in campaigning for and using the ICRMW. In: CHOLEWINSKI, Ryszard; GUCHTENEIRE, Paul de; PÉCOUD, Antoine (eds.). *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*. Cambridge: Cambridge University Press / UNESCO, 2009.
- LEVITT, Peggy; LAMBA-NIEVES, Deepak. Social Remittances Revisited, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 37:1, 2011, pp. 1-22. DOI: 10.1080/1369183X.2011.521361
- MARTES, Ana Cristina Braga; WEBER, Soares. Remessas de recursos dos imigrantes. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 20, n. 57, pp. 41-54, ago. 2006. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142006000200004>
- MCKENZIE, David J.; HILDEBRANDT, Nicole. The Effects of Migration on Child Health in Mexico. *Economia*, 6 (1): 2005, pp. 257-289.
- MOOKERJEE, Rajen; ROBERTS, Jellina. Banking services, transaction costs and international remittance flows, *Applied Economics Letters*, 18:3, 2011, pp. 199-205, DOI: 10.1080/13504851003614146.
- NUNES, Paulo Henrique Faria. *Lei de Migração: novo marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas*, Goiânia: Edição do Autor, 2017.
- OGER, Hélène. The French political refusal on Europe's behalf. In: CHOLEWINSKI, Ryszard; GUCHTENEIRE, Paul de; PÉCOUD, Antoine (eds.). *Migration and Human Rights: The United Nations Convention on Migrant Workers' Rights*. Cambridge: Cambridge University Press / UNESCO, 2009.
- SANABRIA, Maria Teresa Palacios. *La vida digna en el contexto de la inmigración: Los trabajadores migratorios*. 2012. 412f. Tese (Doutorado em Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales) – Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha. 2012.
- SCHMITZ, Guilherme de Oliveira. *Propostas para a atualização da legislação migratória brasileira: princípios norteadores, direitos e garantias, deveres, impedimentos e restrições*. Texto para discussão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília; Rio de Janeiro: Ipea, 2016.
- VAN PARIJS, Philippe. Renda básica: renda mínima garantida para o século XXI? *Estudos avançados*, São Paulo, v. 14, n. 40, 2000, p. 179-210.



O VALOR DAS CUSTAS PROCESSUAIS NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RIO GRANDE DO NORTE: UMA NOVA PROPOSTA PARA SUA DEFINIÇÃO

THE VALUE OF PROCEDURAL COSTS IN THE COURT OF JUSTICE IN RIO GRANDE DO NORTE: A NEW PROPOSAL FOR ITS DEFINITION

RAIMUNDO MÁRCIO RIBEIRO LIMA* | ROBERTO BARROSO MOURA**

RESUMO

O presente estudo visa abordar a temática das custas processuais no sistema judiciário, com enfoque no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – TJRN, discutindo sua razoabilidade em razão dos serviços prestados, obstáculos que causam ao gozo do direito de ação em sentido amplo, os fatores que determinam os valores cobrados e a relação com a gratuidade judiciária. A análise do tema permitirá identificar como são definidas as custas judiciais e as implicações do valor que lhe é atribuído sobre o exercício do direito de ação. Ou seja, enfrenta-se o problema dos valores cobrados para acesso ao sistema judiciário e as implicações disso para mover a jurisdição. Assim, pretende-se demonstrar argumentos que justificarão uma revisão da forma como o tema é abordado, apresentando os principais embates sobre a matéria, indicando o posicionamento da doutrina e da jurisprudência, em especial, do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, analisa-se dados coletados junto ao Conselho Nacional de Justiça, ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística e ao TJRN. Assim, demonstrar-se-á que é necessário repensar a forma como é realizado o cálculo que define o valor das custas judiciais para que haja maior sinalagma entre os serviços prestados e os valores cobrados.

Palavras-chave: custas processuais; taxa; razoabilidade.

ABSTRACT

This study aims to address the issue of court costs in the judiciary system, focusing on the Court of Justice of Rio Grande do Norte - TJRN, discussing its reasonableness due to the services provided, obstacles that cause the enjoyment of the right to action in a broad sense, the factors that determine the amounts charged and the relationship with legal gratuity. The analysis of the theme will allow us to identify how the court costs are defined and the implications of the value attributed to it on the exercise of the right of action. That is, we face the problem of the amounts charged for access to the judiciary and the implications of this to move the jurisdiction. Thus, it is intended to demonstrate arguments that will justify a review of the way the topic is approached, presenting the main clashes on the subject, indicating the position of the doctrine and jurisprudence, especially of the Supreme Court. To this end, data collected from the National Council of Justice, the Brazilian Institute of Geography and Statistics and the TJRN are analyzed. Thus, it will be demonstrated that it is necessary to rethink the way the calculation that defines the value of the costs is performed so that there is greater signal between the services rendered and the amounts charged.

Keywords: procedural costs; tax; reasonability.

* Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Procurador Federal.

marcio.ribeiro@ufersa.edu.br

** Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Federal Rural do Semi-árido (UFERSA). Consultor Jurídico da Associação da Polícia Militar de Mossoró e Região.

robertobarrosoadv@hotmail.com

Recebido em 13-1-2020 | Aprovado em 6-3-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 NATUREZA JURÍDICA, COMPETÊNCIA PARA CRIAÇÃO E BASE DE CÁLCULO DAS CUSTAS JUDICIAIS; 2 CRÍTICA DA BASE DE CÁLCULO DAS CUSTAS JUDICIAIS COM ENFOQUE NO TJRN; 3 PROPOSTA PARA DEFINIÇÃO DO VALOR DAS TAXAS JUDICIÁRIAS NO TJRN; CONSIDERAÇÕES FINAIS.

■ INTRODUÇÃO

O valor das custas judiciais é tema que merece análise diante da percepção de ausência de proporcionalidade, por não existir uma razoável correlação entre valor cobrado e serviço prestado, que os operadores do direito, em especial os advogados e seus constituintes, intuem diante das custas cobrados pelo judiciário para permitir que seja movida a jurisdição, a fim de que se tenha uma resposta de mérito às demandas propostas.

Portanto, é precioso todo questionamento que vise discutir o problema da razoabilidade do valor das custas judiciais em comparação com os serviços prestados pelo judiciário, bem como, os obstáculos que eventualmente causam ao exercício do direito de ação em sentido amplo e, ainda, os fatores que determinam os valores das custas e a relação entre a *quantidade* de concessão da gratuidade judiciária e os montantes cobrados.

Diante do tamanho territorial de nossa nação, dividida em 26 estados e um Distrito Federal, possui uma elevada quantidade de Tribunais, alargada em razão das especializações dos órgãos julgadores, os quais possuirão regulamentações próprias para as cobranças das custas judiciais. Dessa monta, para melhor aproveitamento, o estudo se limita ao TJRN, sem descuidar que se parte da hipótese que a ausência de razoabilidade quanto à fixação dos valores das custas é problema que perpassa por muitos Estados da Federação.

A importância da pesquisa é evidente, pois permitirá uma análise sobre os valores cobrados a título de custas judiciais, sua natureza jurídica, suas implicações para as partes processuais e os reflexos do montante cobrado para com relação ao acesso à jurisdição. O estudo pretenderá indicar, ainda, soluções ou rumos para que as eventuais discrepâncias entre valores cobrados em relação à natureza das demandas propostas ou serviços prestados sejam minimizadas, permitindo um maior e mais justo acesso à jurisdição no Rio Grande do Norte.

Pretende-se, ainda, discutir os valores cobrados pelo judiciário potiguar para que seja movida a jurisdição, a fim de demonstrar que estar, em alguns casos, ferindo princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, bem como, analisar a forma de realização do cálculo do valor do tributo que não é, muitas vezes, proporcional ao serviço prestado, inclusive, discutir se tal formato dificulta ou impede o acesso ao Judiciário, no Rio Grande do Norte, por parte de alguns pretensos jurisdicionados.

Do ponto de vista metodológico, foi dado enfoque na pesquisa descritiva sobre o tema proposto, partindo de uma análise bibliográfica e jurisprudencial sobre o assunto, bem como,

estudo documental e análise de dados coletadas junto ao Poder Judiciário, tudo para permitir uma pesquisa quantitativa dos dados que serão analisados a fim de que seja proposta uma nova visão sobre o tema.

Ao final, pretende-se considerar a possibilidade de uma nova fórmula para a definição do valor das custas processuais no TJRN. Nesse sentido, indica-se a necessidade da existência de uma base de cálculo sobre a qual se deve aplicar alíquotas variáveis em razão de determinadas características das demandas que serão propostas, de forma que seja possível uma maior sinalagma entre montantes cobrados e os serviços prestados pelo Tribunal.

1 NATUREZA JURÍDICA, COMPETÊNCIA PARA CRIAÇÃO E BASE DE CÁLCULO DAS CUSTAS JUDICIAIS

No intuito de iniciar a análise do tema proposto para investigação é necessário trilhar um caminho, o qual se inicia com a identificação da natureza jurídica das custas judiciais. Só então, partindo desta realidade, é que será possível aprofundar corretamente um exame sistemático do tema.

Antes, deve-se esclarecer que custas judiciais é gênero, a comportar três espécies: taxa judiciária, custas judiciais em sentido estrito e emolumentos. A taxa judiciária pode ser cobrada em razão da atuação dos magistrados e membros do Ministério Público; as custas, por sua vez, são devidas pelos encargos realizados pelos serventuários da justiça; por fim, os emolumentos se relacionam aos serviços notariais e de registro.

O atual estágio de evolução do estudo permite poucas suspeitas quanto à natureza de tributo da exação, tanto do gênero quanto de suas espécies. É verdade que alguns doutrinadores defenderam que a cobrança se adequaria mais a preço público em razão da ausência de compulsoriedade da cobrança. Nessa toada, Bernardo Ribeiro de Moraes afirmou que “a cobrança é exigida apenas das pessoas que procuram o aludido serviço, caracterizando-se, portanto, numa obrigação ex-voluntante, contratual, não típica dos tributos, mas elemento essencial para os preços públicos¹”.

Entretanto, compreendendo-a como tributo, será evidente que surge como uma forma de arrecadação pelo Estado, na modalidade de receita derivada e não originária, de recursos destinados ao bem comum que, no caso das custas judiciais, pode ser identificado como a possibilidade de disponibilidade à jurisdição, visto que sua cobrança é vinculada à prestação do serviço jurisdicional, não se revela salutar, portanto, indicá-la como preço público, mas, sim, como tributo.

Recordando a teoria da pentaparticipação ou quintepartite, aceita pelo Supremo Tribunal Federal², o termo tributo é gênero que comporta as seguintes espécies: imposto, taxa, contribuição de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Dentre estas espécies, será o fato gerador em cotejo com a base de cálculo que nos permitirá identificar qual delas é a que se adequa ao tributo analisado.

¹ MORAES, Bernardo Ribeiro de. Doutrina e prática das taxas. São Paulo: RT, 1976, p. 108, *apud*, SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 486.

² Vide julgados do Recurso Extraordinário nº 111.954/PR, DJU 24/06/1988 e AI-AgR 658576/RS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, Julgamento em 27/11/2007;

Partindo dessa premissa, a Corte Superior firmou entendimento de que as custas judiciais possuem natureza jurídica de taxa. Cumpre frisar que o raciocínio do STF quanto ao tema não é recente, ainda sob a influência da Emenda Constitucional nº 1/69, julgando a Representação nº 1.094-SP, em 08/08/1984, a Corte firmou que as custas possuem a natureza jurídica de taxa. Igualmente, durante a vigência do atual Texto Constitucional, é firme a mesma interpretação quanto à natureza jurídica das custas processuais.

Nesse sentido, no julgamento da ADI 1444³, de relatoria do eminente Ministro SYDNEY SANCHES, julgada em 12/02/2003, declarando a inconstitucionalidade da Resolução nº 7, de 30 de junho de 1995, do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que majorava os valores das custas judiciais e extrajudiciais, o STF afirmou que não seria possível a referida majoração sem a publicação de lei, pois dada a natureza de tributo da exação, na modalidade taxa, haveria evidente vinculação ao princípio da legalidade.

Desse modo, dada sua natureza de taxa, comporta algumas características próprias desta espécie tributária, assim, afirma Ricardo Lobo Torres que “a taxa é um tributo contraprestacional, posto que vinculado a uma prestação estatal específica em favor do contribuinte⁴”. Portanto, gozará de referibilidade na medida em que é cobrada em razão de um serviço público dotado de especificidade e divisibilidade, daí ser retributiva ou contraprestacional e não contributiva como seria caso possuísse natureza jurídica de imposto.

Pode-se, acertadamente, afirmar que será tributo vinculado, pois, como ensina a melhor doutrina, o “fato gerador da taxa não é um fato do contribuinte, mas um fato do Estado. O Estado exerce determinada atividade e, por isso, cobra a taxa da pessoa a quem aproveita aquela atividade⁵”. Ou seja, a cobrança está interligada com uma atividade específica voltada ao contribuinte.

Ademais, como a taxa é espécie de Tributo, deverá obedecer aos princípios constitucionais tributários, tais como: legalidade, anterioridade, isonomia e *etc.* Estando prevista no Texto Constitucional nos artigos 98, § 2º, e 24, inciso IV, este último, indicando ser de competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal legislar sobre custas de serviços forenses. Diante disso, concluiu o estudo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ:

Por esse dispositivo, apesar da autonomia estadual quanto à organização da justiça (prevista no art. 125) compete à União a edição de lei nacional contendo normas gerais sobre as custas judiciais no Brasil. Aos estados, caberia a edição de leis específicas obedecendo a lei nacional. Contudo, apesar disso, a lei nacional nunca foi editada e o STF tem entendido que, na ausência dessa norma, valem a leis estaduais sobre a matéria⁶.

³ ADI 1444, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00026 EMENT VOL-02106-01 PP-00046

⁴ TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 344.

⁵ AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional. Departamento de Pesquisas Judiciárias, julho de 2010. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-departamento-pesquisas.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2019.

Ou seja, tendo em vista a ausência de lei nacional indicando as normas gerais, os Estados e o Distrito Federal acabam por legislar com maior liberdade para instituir a referida exação, fazendo-o, mediante lei ordinária, pela inteligência do art. 145, II, da CF, o qual afirma que os Estados, além dos outros entes federativos, poderão instituir a espécie tributária taxa.

Todavia, para a realização de sua cobrança, será necessária a fixação de sua base de cálculo a qual permitirá encontrar o valor da exação. Para tanto, relevante atentar para a proibição de que, nos termos do art. 145, § 2º, da CF, as taxas não possuam base de cálculo própria de imposto, e, ainda, segundo o art. 77 do Código Tributário Nacional – CTN, que não poderá ter base de cálculo ou fato gerador idênticos ao de imposto. Por isso, Navarro Coelho afirma que, inclusive, por determinação constitucional (artigo 145, § 2º), “a taxa, qualquer taxa, não pode ter base de cálculo de imposto enquanto espécie⁷”.

Com isso, se pretende que as taxas, ao contrário dos impostos, tenham por base de cálculo um indicador que possua uma correlação entre serviço prestado ao contribuinte, permitindo que o valor cobrado tenha uma maior aproximação do custo da prestação daquele serviço. Na mesma toada, Hector Villegas concluirá, quanto à fixação do valor da taxa, que não se “pode levar em conta circunstância inerentes à pessoa ou aos bens do obrigado, mas só circunstâncias atinentes à atividade em si mesma, por ser ela e não outra, a hipótese de incidência correspondente às taxas⁸”. No caso das taxas judiciais, qual seria então a base de cálculo para a cobrança da exação? É o que se pretende responder no próximo tópico.

2 CRÍTICA DA BASE DE CÁLCULO DAS CUSTAS JUDICIAIS COM ENFOQUE NO TJRN

Dada à natureza de taxa de serviço das custas judiciais, tem-se que deverá existir uma vinculação entre o fato gerador e a atividade estatal, pois goza de referibilidade em razão de que o serviço prestado de jurisdição é específico e divisível. Tal fato trará a consequência de que o Poder Público não deverá cobrar valores maiores do que o efetivamente gasto pela efetiva disponibilização da jurisdição.

Evidente que muitas vezes a busca deste valor justo é extremamente complexa, pois encontrar o montante exato para a prestação do serviço de jurisdição não é tarefa fácil. Diante disso, podem surgir cobranças de custas judiciais que estejam em desacordo com o efetivo fato gerador que lhe deu causa. Daí a importância da correta definição de sua base de cálculo, em cotejo com a alíquota, as quais serão capitais para a definição do valor do tributo.

Por outro lado, não se deve ter por base de cálculo quaisquer indicadores relativos à capacidade econômica do contribuinte, pois, nesse caso, violar-se-ia o Texto Constitucional que em seu art. 145, § 2º, veda, expressamente, que as taxas possuam base cálculo própria de imposto. Como é fato notório, a capacidade contributiva é matriz de cobrança da espécie tributária imposto. Nesse sentido:

⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. Contribuições no Direito Brasileiro. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira (Coord.). *Tratado de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 101.

⁸ VILLEGAS, Hector. “Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa”. In: RDP 17/337 *apud* ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. Malheiros Editores. 2004, p. 111.

A assertiva é confirmada pela própria distinção entre a Constituição pretérita e a atual. Enquanto a CR/1967-1969 estipulava que “para cobrança de taxa não se poderá tomar como base de cálculo a que tenha servido para a incidência de imposto” (art. 18, parágrafo 2º), a CR/1988 deita que “as taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos (art. 145, parágrafo 2º). No regime anterior, portanto, o que se proibia era a criação de taxas com base de cálculo que já tivesse sido utilizada para algum imposto efetivamente existente ou, ao menos, cuja criação estivesse autorizada pelo texto constitucional. Já na situação atual, veda-se o uso de taxa com base de cálculo típica dos impostos, tributos que são cobrados eminentemente com base na capacidade contributiva do pagante⁹.

Dito isso, ficará evidente a possibilidade de criticar a opção do Rio Grande do Norte, por meio da edição da Lei nº 9.278/2009, que, ao dispor sobre as custas processuais e emolumentos, aparentemente definiu o valor da causa como a base de cálculo das custas judiciais no TJRN, sem, contudo, criar mecanismos que aproximem o valor cobrado do serviço prestado, criando tabela que define às custas dos atos processuais de acordo com intervalo de valores atribuídos às causas que lhes são submetidas.

É verdade que STF, por meio da súmula 667, afirmou que “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem o limite sobre o valor da causa”. Contudo, o voto do relator na ADI 3.826, o eminente Ministro Eros Grau, que levou a edição da súmula, é indispensável para compreendê-la:

O requerente sustenta que as normas impugnadas violam o disposto nos artigos 5º, XXXV; 145, II e § 2º; 154, I; e 236, § 2º, da Constituição do Brasil, vez que utilizaram, “como critério para a cobrança das custas ou emolumentos, o valor da causa ou o valor do bem ou negócio subjacente, ou sua avaliação, em face do qual se realiza algum ato de serventia judicial ou extrajudicial” (fl. 3). (...) Assim, com respaldo no entendimento desta Corte, no sentido de que (i) é admissível o cálculo das custas judiciais com base no valor da causa, desde que mantida correlação com o custo da atividade prestada, e de que (ii) a definição de valores mínimo e máximo quanto às custas judiciais afasta as alegações de óbice à prestação jurisdicional e ao acesso à Justiça, voto no sentido da improcedência da ação direta¹⁰.

Ora, resta evidente que a leitura da súmula deve guardar relação com a natureza jurídica do tributo a que ela se refere. Isso se evidencia pelo enxerto acima que, apesar de indicar o valor da causa como elemento essencial para a definição das custas processuais, não se esquece de afirmar que, também, será necessário que o valor tenha relação com a atividade prestada.

Portanto, em que pese ser possível a utilização do valor da causa como base de cálculo para definição do tributo, a simples utilização de preço fixo sem definição de uma alíquota

⁹ MOREIRA, André Mendes e ESTANISLAU, Cesar Vale. As Taxas e o Princípio da Equivalência entre a sua Arrecadação e os Custos da Atividade Estatal. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, nº 223, p. 34-50, 2014, p. 35.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.826. Tribunal Pleno. Ministro Relator: Eros Grau, julgamento em: 12-5-2010, DJE 154 de 20-8-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2250>>. Acesso em: 10 set. 2019.

não é própria da espécie tributária taxa, pois impede que, dada a natureza vinculante deste tributo, exista uma exata correlação entre o serviço prestado e o montante efetivamente cobrado.

Pode-se, portanto, afirmar que a discussão quanto à definição da base de cálculo e da alíquota das custas judiciais estará intimamente ligada à sinalagmatidade do referido tributo, que exige a cobrança de um valor o mais aproximado possível em razão da contraprestação ao serviço prestado, evitando-se um enriquecimento sem motivo do Estado.

No caso do TJRN, optou-se pela definição de custas judiciais a preço fixo, divididas de acordo com fatores de referências variáveis em razão do valor atribuído à causa, fixando-se valor mínimo e máximo para a exação. Em outras palavras, não se possui uma alíquota ou mesmo uma base de cálculo, visto que se optou por estabelecer preços fixos em razão de intervalos dos valores atribuídos à causa.

A título de ilustração, segue abaixo, tabela de custas iniciais do TJRN, com última atualização em 21 de fevereiro de 2018, por meio da Resolução nº 4, editada pelo Tribunal, na qual se constou atualização de pouco mais de 21% (vinte e um por cento) dos montantes que estavam, originalmente, previstos nas tabelas anexas a Lei nº 9.278/2009:

Tabela 1 - Custas Judiciais do depósito prévio na primeira instância, no TJRN, Rio Grande do Norte, 2018.

CÓDIGO	DISCRIMINAÇÃO	CUSTAS JUDICIAIS
11001	Nas causas de valor até R\$ 10.000,00 ou inestimável	R\$184,21
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 10.000,00 ou até R\$ 30.000,00	R\$354,25
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 30.000,00 ou até R\$ 50.000,00	R\$566,81
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 50.000,00 ou até R\$ 100.000,00	R\$1.133,62
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 100.000,00 ou até R\$ 150.000,00	R\$2.125,53
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 150.000,00 ou até R\$ 200.000,00	R\$2.834,05
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 200.000,00 ou até R\$ 300.000,00	R\$3.542,56
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 300.000,00 ou até R\$ 400.000,00	R\$4.251,07
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 400.000,00 ou até R\$ 500.000,00	R\$4.605,33
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 500.000,00 ou até R\$ 600.000,00	R\$4.959,59
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 600.000,00 ou até R\$ 700.000,00	R\$5.313,84
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 700.000,00 ou até R\$ 800.000,00	R\$5.668,09
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 800.000,00 ou até R\$ 900.000,00	R\$6.022,35
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 900.000,00 ou até R\$ 1.000.000,00	R\$6.376,61
11001	Nas causas de valor superior a R\$ 1.000.000,00 ou até R\$ 2.000.000,00	R\$7.085,12
11001	Nas causas acima de R\$ 2.000.000,00	R\$7.793,64
11002	Cumprimento de carta precatória	R\$184,21
11003	Apelação Cível e Recurso Adesivo	R\$184,21
11004	Apelação Criminal em ação penal privada	R\$184,21
11005	Mandado de Segurança	R\$184,21
11006	Restauração de autos quando a parte der causa	R\$184,21
11007	Incidentes processuais	R\$85,03
11008	Ação Penal Privada	R\$184,21

Fonte: TJRN

A opção do Rio Grande do Norte permite a realização de crítica que atinge o âmago da opção do legislador estadual ao impedir uma exata correlação entre o serviço prestado e o valor efetivamente cobrado, pois na medida em que iguala todos os tipos de procedimentos judiciais, cobrando-o em razão do valor atribuído à causa por meio de preços fixos, deixa de observar que muitas vezes o serviço prestado em demandas de alto valor será mínimo enquanto que demandas de ínfimo valor poderão gerar custos elevados.

Imagine-se o exemplo de um divórcio consensual e uma lide que vise uma indenização de reparação por danos morais sofridos em razão de demora excessiva na fila de uma agência bancária. Mesmo que o divórcio tenha por valor atribuído a causa a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), exigirá apenas pouquíssimos atos até a sua homologação, enquanto que uma demanda de danos morais, que poderá ser atribuída o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), poderá ter diversos atos até a sua conclusão. Portanto, a demanda de menor valor terá um custo maior.

O demandante que move a jurisdição para pleitear a reparação pelo dano moral sofrido, poderá, caso não seja beneficiado com a gratuidade judiciária e, evidentemente, não sendo ajuizada nos Juizados Especiais, arcar com o tributo no valor de R\$ 184,21 (cento e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos)¹¹. Por outro lado, o interessado em simplesmente homologar seu divórcio deverá, pois será praticamente improvável a concessão da gratuidade judiciária, arcar com custas no montante de R\$ 3.542,56 (três mil, quinhentos e quarenta e dois reais e cinquenta e seis centavos)¹², o equivalente mais de 1% (um por cento) do valor atribuído à causa.

Entretanto, os custos que o tribunal terá com a demanda de menor valor será muito maior que os gastos para dispor a jurisdição para o procedimento cujo valor atribuído foi muito maior, pois enquanto o primeiro gerará um processo de conhecimento com alargadas chances da vivência de todas as fases procedimentais, o segundo pleiteia somente uma homologação de acordo, já firmado extrajudicialmente, ao ponto de que será mínima a atuação jurisdicional.

Mesmo assim, a taxa paga pelos proponentes do pedido de homologação do divórcio será quase vinte vezes maior que a do outro jurisdicionado. Não há, portanto, qualquer correlação entre o serviço prestado e o valor cobrado. Recordando que não é próprio da taxa o uso do princípio da capacidade contributiva, pois seu valor não é relacionado com a manifestação de riquezas do sujeito passivo, daí não ser possível defender a opção do Rio Grande do Norte a partir deste prisma.

A partir desse cenário, pode-se explicar o conceito de razoabilidade a partir da lição de Weida Zancaner que indica um ato como não razoável quando, mesmo existindo uma relação lógica entre o fato originário e a medida tomada, “não há adequada proporção entre uns e outros; quando se assentou em argumentos ou em premissas, explícitas ou implícitas que não autorizam do ponto de vista lógico, a conclusão deles extraída¹³”.

¹¹ TJRN, *Emissão de boleto para pagamento de FDJ*. Disponível em <<http://sistemas.tjrn.jus.br/fdj/guias.do>>, acesso 28/09/2019.

¹² *Id.*

¹³ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2019.

Daí, pode-se argumentar que há uma ausência de razoabilidade entre o serviço efetivamente prestado e o valor cobrado por sua execução no TJRN. Não há dúvida que a referibilidade nunca será plena, por isso, o legislador deve ter habilidade para estabelecer progressões e piso/teto. Igualmente, deverá zelar para evitar que haja uma correlação entre a capacidade contributiva e o valor da taxa de serviço atribuída às custas judiciais, para que a exação não perca sua característica retributiva que lhe é peculiar.

A análise do exemplo acima, demonstra que, apesar da conhecida dificuldade de uma assertiva sinalagma, a taxa de serviço não pode ser tão distante da realidade dos custos que o Estado terá com cada demanda, pois se corre o risco de que um dos contribuintes acabe arcando com os custos efetivos provocados pelo outro, gerando desconfiança de todo o sistema que deixa de ser retributivo e passa a ser contributivo, aproximando-se mais da espécie tributária imposto e distanciando-se da taxa. É o que ocorre no TJRN.

Inclusive, é possível que situações, como a demonstrada no exemplo quanto ao divórcio consensual, acabem por reduzir o acesso à jurisdição, pois, muitas vezes, define-se a possibilidade de a parte dever ou não ser agraciada com o benefício da justiça gratuita em razão do valor atribuído a causa. Isto gera situações de verdadeiro impedimento de acesso ao sistema judiciário, pois o elevado custo inicial da demanda cria uma barreira preliminar intransponível para a grande maioria da população.

Tal barreira pode tornar o custo de acesso ao judiciário tão elevado que somente os mais ricos ou as grandes empresas é que, efetivamente, poderão assumir certos tipos de litígios, de forma que para a grande maioria dos pretensos jurisdicionados os custos com o ajuizamento e processamento da demanda não compensariam a busca pela tutela jurisdicional do Estado. Criticando essa situação, a doutrina afirma:

Pessoas ou organizações que possuam recursos financeiros consideráveis a serem utilizados têm vantagens óbvias ao propor ou defender demandas. Em primeiro lugar, elas podem pagar para litigar. Podem, além disso, suportar as delongas do litígio. Cada uma dessas capacidades, em mão de uma única das partes, pode ser uma arma poderosa¹⁴.

A barreira criada fere de morte o Texto Constitucional, permitindo a existência de situações que serão excluídas da apreciação do poder judiciário, violando-se o artigo 5º, XXXV, da Constituição da República que, como ensina a melhor doutrina, trata de afirmar “o direito de ação para todas as pessoas e o monopólio do Poder Judiciário para julgar em definitivo as controvérsias jurídicas e declarar direitos¹⁵”.

Igualmente, o problema da definição do valor das custas judiciais tem significativo impacto na concessão do benefício da assistência judiciária gratuita no TJRN. Segundo o IBGE¹⁶, a população do Rio Grande do Norte, com 14 anos ou mais, possui o rendimento médio

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northflit. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 21.

¹⁵ SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado*. Possibilidades e limites na constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

¹⁶ IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua, Rio Grande do Norte, 2017*. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rn/pesquisa/45/77295>> acesso em 28/09/2019.

habitual de R\$ 1.440,00 (mil quatrocentos e quarenta reais). Partindo desse dado, temos que o valor mais baixo para as custas judiciais, R\$ 184,21 (cento e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos), será aproximadamente 13% do valor recebido mensalmente, em média, pelo norte rio grandense, indicadores que comprovam a carência da nossa população.

A análise dos dados acima permite compreender o porquê de o TJRN atingir a marca de 78% de suas demandas agraciadas com o benefício da assistência judiciária gratuita, conforme os dados disponibilizados pelo CNJ em 2018¹⁷. Invariavelmente, se muitos não pagam nada, poucos precisarão pagar muito. Assim, é possível suspeitar que a definição do formato de cobrança das taxas de serviços judiciais, no Rio Grande do Norte, não leva em consideração os indicadores apontados, bem como, é atingida pela ausência de sinalagma entre o serviço prestado e o valor cobrado.

Tudo isso, demonstra a ausência de razoabilidade dos valores definidos pelo Estado do Rio Grande do Norte para as custas judiciais, as quais deveriam optar por nova sistemática, pois uma parte dos possíveis jurisdicionados acaba por sofrer mais para acessar a jurisdição, vez que necessitará, muitas vezes, arcar com custos elevados para contrabalancear o sistema. Isto, evidentemente, causa um empecilho para o exercício do direito de ação em sentido amplo para parte da população.

3 PROPOSTAS PARA DEFINIÇÃO DO VALOR DAS TAXAS JUDICIÁRIAS NO TJRN

Diante do atual cenário, é prudente buscar uma solução que resolva, ou pelo menos minimize, os problemas apresentados. Para tanto, é necessário indicar uma saída satisfatória para o antigo debate entre valor da taxa e a equivalência com o custo da prestação do serviço jurisdicional no TJRN, evitando-se que a administração cobre valores tão maiores que o efetivamente gasto com o processo, bem como, que uns custeiem a prestação do serviço disposto a outros, violando o caráter retributivo das custas judiciais.

Portanto, será necessário tocar no cerne da discussão, indicando meio que melhor equacione o valor do tributo, determinando, para tanto, uma melhor relação entre a base de cálculo e a alíquota, efetivamente criando essa última, visto que o atual sistema opta por preços fixos sem uma aparente alíquota, a qual deverá ser definida de acordo com a complexidade e procedimento da demanda a ser proposta no TJRN.

Neste ponto, necessário observar que, a proposta, deverá permitir que as demandas mais simples, entendidas como aquelas que não exigem grande dilação probatória ou maior atuação do judiciário para encontrar a resposta ao mérito da demanda, sejam beneficiadas com custas reduzidas, de forma a tornar o ingresso judicial mais acessível aos jurisdicionados que, ordinariamente, não possuiriam condições de arcar com as custas cobradas no atual sistema, reduzindo a necessidade de concessões de assistências judiciárias gratuitas e melhor equilibrando a arrecadação.

Evidente que a solução não é fácil, contudo é possível propor um sistema que leve em consideração indicadores que melhor auxiliem no equilíbrio de todo o aparelho. Esse novo

¹⁷ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018*. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>>, acesso em 28/09/2019.

formato, contudo, necessitará ser previsto em lei, conforme já assentou o STF no julgamento da ADI 1.378 MC¹⁸, no qual restou definido que, em razão da natureza tributária das custas judiciais, é necessário que observe, dentre outros princípios, a legalidade e anterioridade.

Deve-se recordar que da análise do Texto Constitucional perpetrada em linhas pretéritas, com especial atenção dada ao disposto no art. 24, IV, percebeu-se que a definição das custas é matéria concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal. Entretanto, como até o presente momento a União permanece inerte em legislar sobre o tema, temos que os Estados vêm exercendo competência plena a esse respeito.

No Rio Grande do Norte, a publicação da Lei nº 9.278/2009 dispôs sobre as custas processuais e emolumentos, optando por definir o valor da causa como a base de cálculo para as custas, não estabelecendo mecanismo eficaz que aproxime o valor cobrado do serviço prestado. Portanto, o primeiro ponto a esclarecer é quanto à necessidade de superação dessa norma, por meio da edição de lei que melhor corresponda aos anseios da razoabilidade. Contudo, quais seriam os elementos essenciais à nova norma?

Antes de responder a essa questão, é importante analisar opções diferentes da que o TJRN idealizou para a definição dos valores das custas judiciais, pois ante a inexistência de lei federal tratando do tema os Estados estão atuando com plena autonomia nessa matéria, havendo, portanto, divergências de opções quanto ao cálculo do valor do tributo. O CNJ, realizando estudo sobre o tema, afirmou:

Apesar das especificidades encontradas nas unidades da federação, pode-se vislumbrar a existência de determinados padrões ou critérios de cobrança de custas. A sistemática de cobrança de custas mais comum (e adotada por dezessete estados) é baseada na cobrança variável em função do valor da causa. Por esse sistema, há a fixação de faixas de valores para as causas, sendo que para cada faixa há valores correspondentes para as custas e que são estabelecidos de forma crescente até determinados tetos ou valores máximos. Menos freqüente, porém adotado em sete unidades da Federação é o modelo de fixação de percentuais sobre o valor da causa, também marcado pela respectiva fixação de valores mínimos e máximos¹⁹.

O estudo do CNJ aponta que existem modelos alternativos aos que definem os valores das custas por meio de preços fixos, variáveis em razão do valor da causa ou em porcentagens sobre essa mesma base de cálculo. É o caso do Rio de Janeiro, que determina os valores das custas judiciais em valores fixos, mas que são diferenciados em razão da classe da demanda ajuizada.²⁰

O que propomos para o Rio Grande do Norte, a fim de equacionar os problemas indicados, é um sistema que, buscando uma melhor sinalagma entre o valor cobrado e o

¹⁸ ADI 1.378 MC, rel. min. Celso de Mello, j. 30-11-1995, P, DJ de 30-5-1997, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201379>>, acesso em 10/10/2019.

¹⁹ CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, julho de 2010. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-departamento-pesquisas.pdf>>, acesso em 12/10/2019.

²⁰ Para uma melhor compreensão quanto a distinção das opções para o cálculo das custas judiciais nos Tribunais de Justiça dos Estados da Federação, recomenda-se a leitura do trabalho realizado pelo CNJ “Perfil da Fixação de Custas Judiciais no Brasil e a análise comparativa da experiência internacional”. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/36-197-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

serviço efetivamente prestado, possua uma melhor caracterização retributiva com a existência de cotejo entre base de cálculo e alíquota efetivamente conhecida. Essa última, variando de acordo com a classe da demanda proposta e, evidentemente, com a definição de valor mínimo e máximo para custas judiciais a serem cobradas.

Ou seja, pretende-se a edição de norma adjetiva que estabeleça um novo formato para a definição dos valores cobrados a título de custas judiciais no TJRN. Tal norma, deverá seguir um sistema misto, caso comparado ao atual, pois manteria a base de cálculo, nos termos da Súmula 667 do STF, como sendo o valor da causa, mas utilizaria alíquotas para definir o quanto a ser cobrado pelas custas judiciais.

Entretanto, quanto à base de cálculo, seria prudente manter apenas parcialmente a divisão de faixas de valores da causa atualmente existente para definição do montante a ser cobrado. Pois, pretende-se a definição de alíquotas variáveis que incidiriam sobre tais faixas. Fato que tornaria necessário a definição do teto da base cálculo menor que o definido atualmente para aplicação da alíquota, sob pena de onerarmos em desmedidas as demandas de maior valor.

Nesse sentido, seria deveras importante a redução dos atuais R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) para R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais) como teto máximo de incidência da alíquota sobre o valor da causa, definindo-se, nesse patamar, o valor máximo das custas no TJRN. Tais alíquotas, portanto, incidiriam nas mesmas faixas de valores de causa já existentes, até o limite de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Contudo, não seriam estas as únicas novidades, visto que as alíquotas seriam variáveis, a depender de alguns fatores como o procedimento: comum ou especial; a jurisdição: contenciosa ou voluntária; e, ainda, de acordo com assunto da demanda: família, execução de título extrajudicial e *etc.*

Ou seja, além da criação de uma alíquota, essa variaria a depender do tipo de procedimento, rito e tema da demanda submetida ao Poder Jurisdicional, sendo mais elevada para aquelas em que, ordinariamente, as fases processuais são mais longas e dispendiosas. Com isso, ter-se-ia uma melhor sinalagma para a fixação da exação e melhor equilibraria o sistema, visto que a alíquota seria a protagonista na definição mais justa dos valores cobrados.

Para uma melhor compreensão, voltemos ao exemplo das demandas que pretendiam a homologação do divórcio e a condenação de uma instituição financeira em reparação de danos morais pela demora excessiva na fila bancária. No caso relatado, o divórcio consensual possuía como valor da causa a quantia de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), enquanto que a demanda em que se pleiteava a reparação de danos morais, fora atribuída o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

De acordo com a proposta de alteração da norma que se pretende, seria necessário observar, no caso do divórcio, que estamos tratando de tema competente às Varas de Família, cujo procedimento será voluntário e não contencioso, enquanto que a demanda visando à reparação pelos danos morais sofridos será do procedimento ordinário e contencioso. Portanto, a título de ilustração, vejamos as propostas de tabelas para definição de custas para os casos analisados:

Tabela 2 - Proposta das custas judiciais de depósito prévio na primeira instância, para Varas de Família, em procedimento voluntário, não contencioso.

VALOR DA CAUSA	Alíquota	Valor Mínimo	Valor Máximo
Até R\$ 10.000,00	0,30%	R\$ 20,00	R\$ 30,00
Superiores a R\$ 10.000,00 ou até R\$ 30.000,00	0,35%	R\$ 35,00	R\$ 105,00
Superiores a R\$ 30.000,00 ou até R\$ 50.000,00	0,36%	R\$ 108,00	R\$ 180,00
Superiores a R\$ 50.000,00 ou até R\$ 100.000,00	0,37%	R\$ 185,00	R\$ 370,00
Superiores a R\$ 100.000,00 ou até R\$ 150.000,00	0,38%	R\$ 380,00	R\$ 570,00
Superiores a R\$ 150.000,00 ou até R\$ 200.000,00	0,39%	R\$ 585,00	R\$ 780,00
Superiores a R\$ 200.000,00 ou até R\$ 300.000,00	0,40%	R\$ 800,00	R\$1.200,00
Superiores a R\$ 300.000,00 ou até R\$ 400.000,00	0,41%	R\$ 1.230,00	R\$1.640,00
Superiores a R\$ 400.000,00 ou até R\$ 500.000,00	0,42%	R\$ 1.680,00	R\$ 2.100,00
Superiores a R\$ 500.000,00 ou até R\$ 600.000,00	0,43%	R\$ 2.150,00	R\$ 2.580,00
Acima de R\$ 600.000,00	0,43%	R\$ 2.580,00	R\$ 2.580,00

Fonte: própria.

Tabela 3 - Proposta das custas judiciais de depósito prévio na primeira instância, para Varas de Cíveis, em procedimento ordinário, contencioso.

VALOR DA CAUSA	Alíquota	Valor Mínimo	Valor Máximo
Até R\$ 10.000,00	0,50%	R\$ 30,00	R\$ 50,00
Superiores a R\$ 10.000,00 ou até R\$ 30.000,00	0,55%	R\$ 55,00	R\$ 165,00
Superiores a R\$ 30.000,00 ou até R\$ 50.000,00	0,56%	R\$ 168,00	R\$ 280,00
Superiores a R\$ 50.000,00 ou até R\$ 100.000,00	0,57%	R\$ 285,00	R\$ 570,00
Superiores a R\$ 100.000,00 ou até R\$ 150.000,00	0,58%	R\$ 580,00	R\$ 870,00
Superiores a R\$ 150.000,00 ou até R\$ 200.000,00	0,59%	R\$ 885,00	R\$ 1.180,00
Superiores a R\$ 200.000,00 ou até R\$ 300.000,00	0,60%	R\$ 1.200,00	R\$ 1.800,00

Superiores a R\$ 300.000,00 ou até R\$ 400.000,00	0,61%	R\$ 1.830,00	R\$ 2.440,00
Superiores a R\$ 400.000,00 ou até R\$ 500.000,00	0,62%	R\$ 2.480,00	R\$ 3.100,00
Superiores a R\$ 500.000,00 ou até R\$ 600.000,00	0,63%	R\$ 3.150,00	R\$ 3.780,00
Acima de R\$ 600.000,00	0,63%	R\$ 3.780,00	R\$ 3.780,00

Fonte: própria.

Diante das tabelas propostas, a demanda que se pretende a reparação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) terá custas no montante de R\$ 30,00 (trinta reais), enquanto que, na sistemática atual, seria de R\$ 184,21 (cento e oitenta e quatro reais e vinte e um centavos). No valor proposto, devem-se reduzir consideravelmente as concessões de assistência judiciária gratuita, visto que seis vezes mais acessível.

No mesmo diapasão, para o procedimento de divórcio consensual, no qual se pleiteia apenas a homologação por sentença, tendo a causa o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), as custas assumirão o montante de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), enquanto que na atual sistemática seria pago a quantia de R\$ 3.542,56 (três mil quinhentos e quarenta e dois reais e cinquenta e seis centavos), um diferença de R\$ 2.342,56 (dois mil, trezentos quarenta e dois reais cinquenta e seis centavos) que torna o sistema mais proporcional, sinalagmático e equilibrado.

Os exemplos são de grande valia, pois permitem uma clara demonstração da ideia proposta, ao ponto de demonstrar que a criação de alíquotas variáveis em razão do valor da causa, tipo de procedimento e tema da demanda, permitiria um melhor equilíbrio na definição do montante das custas processuais em razão do efetivo serviço prestado pelo judiciário, trazendo uma maior razoabilidade ao sistema.

Ademais, quando se propõe uma sistemática que, dentre outras vantagens, permite a redução da necessidade de concessão de assistências judiciárias gratuitas, resolve-se a celeuma de que se muitos não pagam, poucos pagam muitos. É evidente a redução do valor das custas judiciais com a proposta apresentada, entretanto, isso não significa um impacto de grande monta na arrecadação, pois quase todos os jurisdicionados terão condições de pagar o tributo judicial, de forma que isso implica na necessária redução dos valores como um todo.

E mais, não deve ser a diminuição ou elevação da arrecadação a grande preocupação do sistema, pois não se trata de imposto e sim de tributo da espécie taxa cujas características, como demonstrado, estão ligadas a retribuição do serviço prestado e não com a contribuição para a administração pública. Portanto, a preocupação do sistema deverá ser com a maior sinalagma possível, para que cada contribuinte arque com o valor mais aproximado do custo gerado com seu processo.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, demonstrou-se que as custas judiciais possuem natureza jurídica de tributo, da espécie taxa, portanto, devendo respeitar as necessárias características da espécie tributária na qual está inserida. Neste sentido, por possuir a característica da referibilidade, é necessário existir uma máxima correlação entre o serviço prestado e o valor cobrado, a fim de evitar um enriquecimento sem causa do Estado.

Encontrar uma efetiva sinalagma entre o valor cobrado a título de custas judiciais e o serviço jurisdicional prestado é o grande desafio a ser superado. A tarefa ficou ainda mais difícil pela ausência de legislação federal sobre o tema. Como a Constituição Federal definiu ser competência concorrente, cabendo a União a definição de norma geral, legislar sobre custas judiciais, os Estados, diante da omissão da União, legislam com evidente liberdade sobre o assunto.

Gozando dessa liberdade, o Rio Grande do Norte, editou a Lei nº 9.278, de 30 de dezembro de 2009, regulamentando a cobrança das custas processuais, emolumentos, fundo de compensação dos registradores civis das pessoas naturais e taxa de fiscalização, bem como, definindo o valor da causa como a base de cálculo da taxa de serviço judicial, concebida como custas judiciais.

No entanto, optou pela criação de uma tabela na qual os montantes cobrados, no TJRN, variam de acordo com intervalos de valores das causas, optando por preço fixo para a exação, sem definição de uma alíquota, fato que não é próprio da espécie tributária taxa, pois impede que, dada a natureza vinculante desse tributo, exista uma exata correlação entre o serviço prestado e o montante efetivamente cobrado.

Portanto, a opção escolhida para o TJRN gera uma ausência de razoabilidade nas importâncias cobradas para determinadas lides, pois existem demandas com procedimentos simplificados as quais possuem o mesmo custo de ajuizamento que outras de procedimentos mais complexos e longos. E mais, os altos valores cobrados exigem uma maior concessão da gratuidade judiciária, de forma que muitos não pagam nada, exigindo que poucos paguem muito. Esse cenário abala o acesso à jurisdição, visto que não foi criado mecanismo eficaz de aproximação do valor cobrado para com relação ao serviço prestado.

Por essa razão, propõe-se um novo modelo para realização do cálculo do valor das custas processuais no TJRN. Para tanto, indica-se um sistema misto, quando comparado ao atual, em razão de aproveitar algumas de suas características, como a base de cálculo e a existência de valor mínimo e máximo para o montante a ser cobrado. Entretanto, com a inclusão de elemento novo, capaz de equilibrar todo o sistema.

O novo elemento, protagonista da reformulação, seria a criação de alíquotas variáveis em razão de algumas características da demanda a ser proposta para, só então, ser realizada a sua quantificação. Portanto, as alíquotas, hoje inexistentes, seriam criadas e definidas de acordo com o tipo de jurisdição, procedimento e natureza da demanda. Ou seja, seriam aplicadas alíquotas, sobre os valores da causa, maiores para os procedimentos mais complexos e menores para os procedimentos mais simples.

A própria criação de alíquotas variáveis em razão de certos fatores, permitiria uma readequação dos valores cobrados, tornando-os mais acessíveis para muitos jurisdicionados

que hoje necessitam do benefício da gratuidade judiciária. Com isso, haveria uma melhor redistribuição dos custos, com uma maior sinalagma entre preço e serviço, resolvendo a contenda de muitos não pagarem nada no atual sistema, fato que exige que poucos precisem pagar muito para acessar a jurisdição no TJRN.

Portanto, o que se propõe é uma evidente reformulação do atual sistema, por meio da superação da ausência de alíquotas, dando a estas, características de variabilidade em razão de algumas propriedades pré-definidas as quais permitam que as taxas de serviços judiciais cobrados pelo TJRN atinjam uma melhor razoabilidade, caracterizada pela maior proximidade entre o valor cobrado e o serviço prestado.

REFERÊNCIAS

- AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 31.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1444*, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2003, DJ 11-04-2003 PP-00026 EMENT VOL-02106-01 PP-00046
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.826*. Tribunal Pleno. Ministro Relator: Eros Grau, julgamento em: 12-5-2010, *DJE* 154 de 20-8-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2250>>.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.378 MC*, rel. min. Celso de Mello, j. 30-11-1995, P, *DJ* de 30-5-1997, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%201379>>.
- _____, IBGE. *Cidades*. Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rn/pesquisa/45/77295>>.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH Bryant. *Acesso à Justiça*. trad. de Ellen Gracie Northfltt. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Contribuições no Direito Brasileiro*. In: MARTINS, Ives Granda da Silva; Mendes, Gilmar Ferreira (coord). *Tratado de Direito Constitucional*, 2ª ed. São Paulo, 2012.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Perfil da fixação de custas judiciais no Brasil e análise comparativa da experiência internacional*. Departamento de Pesquisas Judiciárias, julho de 2010. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/estudo-departamento-pesquisas.pdf>>
- _____. *Justiça em Números 2018*. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>, acesso em 28/09/2019.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Doutrina e prática das taxas*. São Paulo: RT, 1976, p. 108, *apud*, SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Rio Grande do Norte, *Resolução nº 4*, do TJRN, de 21 de fevereiro de 2018. Disponível em <<https://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/extrajudicial/custas-e-emolumentos/13588--1444/file>>

SIRAQUE, Vanderlei. *Controle Social da Função Administrativa do Estado*. Possibilidades e limites na constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

VILLEGAS, Hector. Verdades e ficções em torno do tributo denominado taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 17, *apud* ATALIBA, Geraldo. Hipótese de Incidência Tributária. São Paulo: Malheiros, 2004.

ZANCANER, Weida. *Razoabilidade e moralidade: princípios concretizadores do perfil constitucional do estado social e democrático de direito*. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, nº. 9, dezembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 14 de dezembro de 2019.



ENSINO E PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: DIAGNÓSTICOS CRÍTICOS

LEGAL EDUCATION AND JURIDICAL PRACTICE IN CONTEMPORARY BRAZIL:
CRITICAL DIAGNOSIS

CLARINDO EPAMINONDAS DE SÁ NETO* | CAROLINE RODRIGUES MENEZES**

RESUMO

Em 2019 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil publicou documento externando preocupação com a qualidade do ensino jurídico e a quantidade crescente de cursos de graduação em Direito no país, apresentando medidas resolutivas como a suspensão da abertura de novos cursos e o reforço na avaliação daqueles já existentes e seus alunos egressos. Partindo da pesquisa bibliográfica com aporte na Teoria Crítica do Direito, o problema centra-se na (in)efetividade das medidas propostas para o aumento na qualidade do ensino jurídico no país e, por consequência, da qualificação dos advogados. A partir da pesquisa, verificou-se que a crise do ensino jurídico já foi abordada sob a perspectiva histórica, curricular, didático-pedagógica, epistemológica, política. Para além da existência de vícios na metodologia do ensino, haveria uma falha na própria compreensão do que é o Direito, visto como um fenômeno único, hermético. Essa visão míope, alinhada a fatores como a rotação na finalidade dos cursos jurídicos no país e a ideologia dos juristas importa em uma crise endêmica da advocacia no Brasil, conforme sustentava Roberto Aguiar, o que torna as medidas propostas pela OAB insuficientes à construção de um ensino e prática jurídicas convergentes entre si e com a realidade brasileira.

Palavras-chave: educação; ensino jurídico; advocacia.

ABSTRACT

In 2019, the Federal Council of the Brazilian Bar Association published a document expressing concern about the quality of legal education and the growing number of undergraduate courses in law in the country, presenting resolute measures such as the suspension of the opening of new courses and the reinforcement in the evaluation existing ones and their alumni. Based on bibliographic research based on Critical Theory of Law, the problem focuses on the (in) effectiveness of the measures proposed to increase the quality of legal education in the country and, consequently, the qualification of lawyers. From the research, it was found that the crisis of legal education has already been addressed from the historical, curricular, didactic-pedagogical, epistemological, political perspective. In addition to the existence of vices in the teaching methodology, there would be a failure in the understanding of what Law is, seen as a unique, hermetic phenomenon. This short-sighted view, aligned with factors such as the rotation in the purpose of legal courses in the country and the ideology of jurists, is important in an endemic crisis of the advocacy in Brazil, as maintained by Roberto Aguiar, which makes the measures proposed by the OAB insufficient to build a legal teaching and practice converging with each other and with the Brazilian reality.

Keywords: education; legal education; advocacy.

* Doutor em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor Adjunto da UFSC. Coordenador do Núcleo de Estudos em Direito e Diversidades (NEED/CNPq).
clarindo.neto@ufsc.br

** Mestranda em Direito pela UFSC. Advogada
menezescarolinne@gmail.com

Recebido em 3-2-2020 | Aprovado em 3-3-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 AS MEDIDAS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL; 2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS CRÍTICOS; 3 ROBERTO AGUIAR E A CRISE DA PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL; 4 ENSINO E PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: PARA ALÉM DOS NÚMEROS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

Em janeiro de 2019 o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) publicou o documento “OAB Recomenda: Instrumento em Defesa da Educação Jurídica Brasileira”, externando preocupação com a qualidade do ensino jurídico no Brasil, que sofreria um processo de “mercantilização”, resultando em profissionais pouco qualificados.

Associando diretamente o aumento na quantidade de cursos de graduação em Direito no país e o conseqüente aumento no número de vagas e alunos a um cenário de baixa qualificação e de desvalorização dos advogados no país, a OAB destacou seu empenho na adoção de medidas para impedir a “escalada” da quantidade de cursos de Direito no Brasil, mencionando ainda a necessidade de modernização curricular dos cursos jurídicos¹.

Considerando as recentes medidas divulgadas pela OAB, o trabalho tem por objetivo verificar, partindo de propostas acadêmicas de reforma do ensino jurídico formuladas por expoentes da Teoria Crítica do Direito no Brasil, como Roberto Lyra Filho, Joaquim Falcão e Horácio Wanderlei Rodrigues, se a adoção de medidas quantitativas como a redução do número de cursos jurídicos, ou a implementação de reformas curriculares pontuais, seriam aptas a promover um aumento na qualidade do ensino jurídico e, por conseqüência, da qualificação dos advogados brasileiros. Nesse ponto, o marco teórico utilizado será o profícuo diagnóstico sobre a crise da advocacia no Brasil desenvolvido pelo recém falecido professor Roberto Armando Ramos de Aguiar.

O recurso a autores predominantemente associados aos movimentos da Teoria Crítica do Direito justifica-se pelo destaque que a temática do ensino jurídico obteve nos discursos críticos do Direito no Brasil, inspirados, especialmente pela teoria crítica francesa de inspiração marxista surgida a partir de 1970. Segundo Warat, o que se chama de teoria crítica seria tão somente “um conjunto de abalos e cumplicidades contra as teorias jurídicas dominantes”, “desvinculados do positivismo jurídico, do jusnaturalismo e do realismo sociológico, fazendo deles seu objeto de crítica”². Para a teoria crítica, o saber do Direito não está desvinculado de sua prática;

¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

² WARAT, Luís Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996, p.65.

A partir dessa constatação, o discurso crítico considera que as funções que o Direito (a Lei) cumpre na sociedade não podem ser concebidas à margem dos saberes (e das práticas de ensino) que o constituem. Assim, o saber jurídico deve ser analisado como parte da própria estrutura coercitiva do Direito, ou seja, a instância que permite elaborar as significações não manifestas (ideológicas) dos textos legais. [...] Ao considerar o saber jurídico como parte do próprio Direito, a teoria crítica afasta-se das doutrinas dominantes em sua pretensão de separação entre a Lei e o saber do Direito. A eficácia ideológica do saber jurídico provém da negação de seu poder.³

A relevância da pesquisa decorre tanto da atualidade das ações propostas pela OAB quanto do cenário em que são adotadas, uma vez que, se os contornos de uma crise no ensino e prática jurídicas se desenham há muito, as propostas de redução do acesso ao ensino, sob o argumento de sua baixa qualidade, não parecem suficientes para resolver o problema.

1 AS MEDIDAS DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

Segundo a OAB⁴, entre 1995 e 2018, o número de cursos de graduação em Direito elevou-se em 539%, saltando de 235 cursos em funcionamento para 1.502 no período de 23 anos. A instituição mencionou ainda que, conforme dados do Censo da Educação Superior realizado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep, desde 2014 o curso de graduação em Direito apresenta o maior número de estudantes matriculados no ensino superior brasileiro, tendo alcançado um total de 879.234 matrículas em 2017⁵.

No último volume da publicação “Exame de Ordem em Números”, a Fundação Getúlio Vargas – FGV, apresentou semelhante taxa de crescimento dos cursos jurídicos no Brasil, o que equivaleria, no período compreendido entre 1995 a 2013, a 51 novos cursos a cada ano⁶. A pesquisa confirma ainda, no mesmo sentido do apontado pelo Inep, o importante papel da iniciativa privada nesse cenário, vez que em 2013, instituições privadas de ensino superior respondiam por 84,2% do número de cursos de Direito, 90,6% do total de vagas, 73,5% das matrículas e 76,9% dos concluintes⁷.

Atentos aos números do ensino jurídico no Brasil, em agosto de 2019 representantes do Conselho Federal da OAB reuniram-se com o atual Ministro da Educação para solicitar a

³ *Ibid.*, p.66.

⁴ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

⁵ DIRETORIA DE ESTATÍSTICAS EDUCACIONAIS – DEED/INEP. *Censo da Educação Superior 2017. Divulgação dos principais resultados*. Brasília-DF: Inep/MEC, setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>. Acesso em 19.out.2019.

⁶ FGV PROJETOS. *Exame de Ordem em Números – volume III*. Abril de 2016. Disponível em: [https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado .pdf](https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf). Acesso em 19.out.2019.

⁷ *Ibid.*

suspensão da autorização para abertura de novos cursos de graduação em Direito no país, pelo prazo de cinco anos, “até que se verifique a qualidade dos cursos já existentes”⁸.

Além disso, por meio da publicação “Instrumento em Defesa da Educação Jurídica Brasileira”, a OAB destacou sua atuação institucional na adoção de medidas para impedir a continuidade dessa “escalada” tanto no número de cursos quanto no número de estudantes de Direito e a “promoção da qualidade da educação jurídica brasileira”⁹. As medidas descritas no documento concentram-se em duas frentes: avaliação dos egressos dos cursos de Direito e avaliação dos cursos jurídicos em funcionamento.

Quanto aos estudantes egressos, a principal medida promovida pela OAB seria, de acordo com a publicação, a manutenção do Exame de Ordem, cuja submissão e aprovação pelos bacharéis em Direito passou a ser requisito obrigatório para a inscrição profissional como advogado a partir de 1994.

As provas são aplicadas três vezes ao ano, em todas as Unidades da Federação e, em cada edição conta com duas fases de caráter eliminatório: na primeira fase uma prova objetiva com 80 questões, e a segunda uma prova discursiva, composta por uma peça profissional e quatro questões abordando exemplos de casos práticos.

Segundo a Fundação Getúlio Vargas, entidade responsável pela organização e aplicação do Exame de Ordem Unificado desde 2010, em análise dos resultados referentes as edições II à XVII (2010 a 2015), verificou-se um total de 1,91 milhão de inscrições contabilizadas, numa média de 119 mil inscritos por edição e 359 mil a cada ano. No referido intervalo de tempo, 639 mil pessoas participaram das provas e, desse contingente, 360 mil examinandos (56%) foram aprovados¹⁰.

Quanto à avaliação dos cursos jurídicos, o “Instrumento em Defesa da educação Jurídica Brasileira” destaca o “Selo OAB Recomenda”, instituído pela OAB em 2001 como método de aferição da qualidade dos cursos em funcionamento no país, e que em 2018 chegou à sua sexta edição.

Segundo a OAB, o Selo representa um reconhecimento da instituição quanto à qualidade dos cursos de graduação em Direito no país, através do cruzamento de informações sobre o desempenho das instituições de ensino no Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE, com o índice de aprovação de seus alunos no Exame de Ordem. Na última edição de 2018, dos 1.212 cursos que atenderam às exigências para participar da pesquisa¹¹, somente 161 foram premiados com o Selo¹².

⁸ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *OAB pede a suspensão da abertura de cursos de Direito por cinco anos*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57440/oab-pede-a-suspensao-da-abertura-de-cursos-de-direito-por-cinco-anos>. Acesso em 19.out.2019.

⁹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, p.3.

¹⁰ FGV PROJETOS. *Exame de Ordem em Números – volume III*. Abril de 2016. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf. Acesso em 19.out.2019

¹¹ Para participar da pesquisa prévia à atribuição do Selo OAB Recomenda, é preciso que a instituição de ensino (1) tenha participante presente em pelo menos cinco dos sete Exames da OAB considerados como variáveis de análise; (2) tenha um total mínimo de 100 participantes presentes no total de exames utilizados na análise, conforme consta no documento da OAB.

¹² ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

O Selo OAB Recomenda, ou “Selo de qualidade da OAB”, como também é chamado no documento produzido pela OAB representaria assim uma “radiografia da educação jurídica” ou “termômetro da qualidade da educação jurídica”. Com ele, a instituição busca “[...] inspirar mais faculdades e cursos de Direito a buscarem novos patamares de qualificação”, num desafio permanente. Conforme destaca Ricardo Breier, integrante da Comissão Especial para Elaboração do Selo OAB Recomenda, é preciso “[...] proteger a sociedade contra o estelionato educacional, faculdades sem qualquer qualidade que vendem a ilusão de um ensino bom.”¹³.

2 O ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: DIAGNÓSTICOS CRÍTICOS

A menção aos números do curso jurídicos no Brasil e às medidas adotadas pela OAB busca apresentar, ao menos em termos quantitativos, uma determinada noção do quadro geral da ciência jurídica no Brasil.

Relevante destacar, no entanto, que o aumento de ingressantes nos cursos de graduação não é exclusivo do Direito, mas um fenômeno verificado na quase totalidade dos cursos de bacharelado no país nos últimos anos.

Segundo o Censo da Educação Superior do INEP¹⁴ os cursos de graduação, assim compreendidos cursos superiores que conferem diplomas, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente e tenham sido classificados em processo seletivo, conferindo os graus de bacharel, licenciado ou técnico¹⁵, o bacharelado segue em “contínua expansão”¹⁶, apresentando em 2017 crescimento de 3,0% em relação à quantidade de vagas ofertadas em 2016, e, em relação à edição de 2015, um crescimento é de 5,6%.

A proeminência de instituições privadas de ensino também não é fenômeno exclusivo dos cursos de graduação em Direito, representando em 2017, 87,9% das instituições de ensino superior no país, responsáveis por 3 em cada 4 alunos de graduação¹⁷.

Dessa forma, não parece exato afirmar que uma crise no ensino jurídico ou no exercício da profissão de advogado possa ter como causa exclusiva ou primordial a quantidade de alunos e cursos de graduação em Direito no país.

Mesmo porque os contornos de tal crise se delineiam há muito: desde a década de 1980, Roberto Lyra Filho já apregoava em “O Direito que se ensina errado” a existência de vícios tanto na metodologia do ensino do jurídico quanto, e especialmente, na própria compreensão que se tem do Direito, uma vez que “não se pode ensinar bem o Direito que se compreende errado”¹⁸.

¹³ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019, p.18.

¹⁴ DIRETORIA DE ESTATÍSTICAS EDUCACIONAIS – DEED/INEP. *Censo da Educação Superior 2017. Resumo Técnico do Censo Da Educação Superior 2017*. Brasília-DF: Inep/MEC, 2019. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo_tecnico_censo_da_educacao_superior_2017.pdf. Acesso em 19.out.2019.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980, p.05.

Também partindo exatamente do pressuposto de crise, em 1988 Horácio Wanderlei Rodrigues analisou a questão do ensino jurídico no Brasil à época, traçando um panorama dos cursos e faculdades de Direito no Brasil desde sua implantação após a independência do país, passando pelas mudanças no currículo e perfil dos bacharéis, os diagnósticos das crises de então e as principais análises e perspectivas para o ensino jurídico.

Em sua obra “Ensino jurídico: saber e poder”, originada da dissertação de mestrado defendida em 1987 sob orientação de Luiz Alberto Warat, em retrospecto histórico, inicialmente o professor Horácio Rodrigues remonta que os primeiros cursos jurídicos surgem no Brasil após a proclamação da independência e a partir de 1827 em Olinda e São Paulo. Segundo Rodrigues, a criação dos cursos jurídicos serve tanto para consolidar o processo de emancipação do país quanto para abrigar uma nascente elite político-burocrática brasileira¹⁹.

Nas Academias de Direito do Brasil império, apesar da vida acadêmica estar vinculada sobretudo à atividades políticas e a participação dos alunos em grêmios estudantis, clubes filosóficos, na maçonaria e em campanhas políticas, o ensino do Direito já conhecia limites estreitos e acanhados, com currículo fixo e aulas expositivas, com pouca participação dos discentes, segundo narra Rodrigues.

As grandes mudanças, prossegue ele, iniciam-se especialmente a partir da República Velha, com a criação das faculdades livres e a instituição de estabelecimentos particulares de ensino. À proliferação de cursos seguem-se, a partir da década de 30, diversas mudanças curriculares, além da profissionalização dos quadros docentes e o paulatino acesso da classe média ao ensino jurídico.

No entanto, o aumento dos discentes dos cursos jurídicos, a regulamentação dos currículos, a inserção de disciplinas introdutórias e disciplinas específicas por áreas do Direito, a criação de períodos de estágio, dentre outras mudanças não implicaram grandes modificações nas técnicas pedagógicas primeiras. Do contrário, antigas sistemáticas como o modelo de aulas-conferência herdado da Universidade de Coimbra tornaram-se regra nas faculdades de Direito que se espalharam pelo país²⁰.

A partir dos diagnósticos de diversos autores, os contornos da crise do ensino jurídico no Brasil podem ser abordados sob a perspectiva histórica, curricular, didático-pedagógica, epistemológica ou política, conforme assinala o próprio professor Horácio Rodrigues. Não se trata, portanto, apenas de deficiências no método das aulas expositivas ou do perfil dos alunos e professores. A questão não é nem mesmo nova ou resultado que se atribua a um cenário de “democratização do ensino”, como poderia sugerir o quadro esboçado no tópico anterior, com os números colhidos dos últimos censos sobre o ensino superior.

Como Horácio assinala, há um senso comum de diagnósticos e perspectivas para solucionar a crise do ensino jurídico no Brasil. Atribuem-se os problemas ao tipo de aula majoritariamente expositiva, à pouca qualificação dos docentes, ao perfil dos alunos ingressantes nos cursos jurídicos - que possuem cada vez menos tempo livre para estudar por conciliar estudos e trabalho, ao próprio mercado incapaz de absorver a quantidade de bacharéis que se formam todos os anos, e ainda à crise política indissociável do Direito, que muitas vezes se presta a ser unicamente instrumento de manutenção do *status quo*.

¹⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

²⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

A solução para esses problemas estariam a mudança nos currículos dos cursos de Direito, a adoção de novas metodologias, seminários e aumento da participação dos alunos nas aulas, a promoção de um ensino multidisciplinar, seguido da constante qualificação dos quadros docentes e maior comprometimento dos discentes²¹. Para além do que convencionou chamar “senso comum”, conclui Horácio Rodrigues que, apesar de inviável a adoção integral de propostas revolucionárias, apenas as modificações curriculares não serão capazes de resolver a crise no ensino jurídico. É preciso, segundo ele, modificar a própria visão do objeto ensinado, modificando-se a práxis jurídica e o símbolo utilizado (Luiz Alberto Warat), bem com aprender para ensinar (Roberto Lyra Filho) deixando de reduzir o Direito à positivismo ou jusnaturalismos.

Se os contornos de uma crise no ensino jurídico já se insinuam há tanto tempo, em 1981, Joaquim de Arruda Falcão, no texto “Mercado de trabalho e ensino jurídico” já salientara que o ensino jurídico posto não é inadequado para o Brasil, pelo contrário: se há uma crise que é de conhecimento de todos e pouco se faz para tentar contorná-la, isso se dá por sua própria utilidade. Para o autor, o ensino jurídico permanece formal, abstrato, retoricista, desconectado da realidade e não-especializado não por impertinência, teimosia ou incompetência, mas por uma própria demanda de mercado não-jurídico do bacharel em Direito, que absorve profissionais legalistas, sistematicistas, formados num ensino jurídico-cartorial²².

Sob esse ponto de vista, concorda o autor que apenas a reforma didática e curricular não é suficiente para a racionalização do mercado de trabalho do profissional do Direito, em especial do advogado, muito menos para que se promova uma maior aproximação das doutrinas jurídicas e as necessidades da maioria da população brasileira.

Roberto Lyra Filho já assim sustentava ao propor a adoção do modelo dialético ao ensino jurídico. Primeiramente, para ele, seria necessário compreender que o Direito é muito mais complexo e abrangente que apenas o direito positivado nos Códigos. Assim, se o ensino é baseado na redução primária do Direito à ideia de ordenamento jurídico único, hermético e estatal, todo o restante do processo de ensino estará perdido. Isso porque, segundo o autor, numa sociedade dividida em grupos e classes com interesses distintos e conflitantes, o Direito não pode ser captado com inteireza a partir de uma visão única da classe dominante mesmo porque, num mesmo espaço geopolítico vigoram oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica²³.

Quando se trata do Direito que se ensina errado, não se trata, portanto, de rever o que historicamente formou a série de apresentações concretas do fenômeno jurídico no conjunto das ideias e das instituições oficiais, o que representaria apenas o topo do iceberg. Para a dialética social do Direito proposta por Lyra Filho, a visão correta de uma estrutura social não pode prescindir do reconhecimento de que o modo de produção gera relações básicas que geram um pluralismo cultural-contracultural. Igualmente nesse contexto se propõe um pluralismo jurídico, uma vez a consciência jurídica da classe dominante não é igual à da classe dominada.

²¹ *Ibid.*

²² FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Mercado de trabalho e ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Fórum Educ., 7(1):3-18, jan./mar. 1983.

²³ LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

Pela perspectiva de Roberto Lyra Filho, o que temos, portanto, é um ensino jurídico focado unicamente num direito pleno, hermético e sem contradições; uma visão mutilada do fenômeno jurídico que, se tomada de partida, já deturpa toda a qualidade do ensino proposto²⁴.

3 ROBERTO AGUIAR E A CRISE DA PRÁTICA JURÍDICA NO BRASIL

De um ensino de baixa qualidade e desconexo com a realidade social originam-se profissionais medíocres. Nesse sentido, o saudoso professor da Universidade de Brasília, Roberto Aguiar, na obra “Crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas”, traça um amplo cenário da advocacia no Brasil, passando das origens da profissão às facetas dessa crise, onde aponta problemas epistêmicos, educacionais, políticos, institucionais e problemas no exercício profissional.

Para Roberto Aguiar, a crise jurídica não representa uma ruptura ou uma epidemia, mas uma endemia, um esgarçamento progressivo das relações que envolvem formação, prática e eficácia social dos operadores do Direito. Por mais que essa crise não seja sentida da mesma forma para certas demandas ou certos atores que se beneficiam da lentidão do judiciário, da falta de capacidade técnica de alguns advogados, da eficácia policial e da lei material e instrumental, a verdade é que a crise da advocacia, para Aguiar, está associada à crise do Direito, que não se dissocia da própria crise político-econômica no Brasil²⁵.

Ponto central nesse cenário é a rotação das finalidades dos cursos jurídicos que, se em suas origens buscavam formar as elites burocráticas do Estado, hoje, tem a função de ilustrar uma pequena burguesia em ascensão, que deseja luzes para evidenciar seu papel social e, principalmente, aumentar seus ganhos²⁶.

Trata-se, portanto, para Aguiar, de uma categoria alienada, em que a procura pelos cursos jurídicos se dá pela busca ascensão social e aumento remuneratório por possuir um curso de nível superior. Os que partem para a advocacia enfrentam a superficialidade, a realidade das práticas atrasadas, da aversão do empírico, da redução do papel social dos advogados e do individualismo.

Do cenário resulta, segundo Roberto Aguiar, um grande processo de desvalorização e redução da importância do advogado, já que as práticas advocatícias atuais não serviriam para os despossuídos, nem para os grupos de ponta ou mesmo para o estado tecnocrático.

No geral, a formação dos atores jurídicos é generalista, superficial e periférica e não forma nem mesmo normativistas mas meros textualistas, incapazes de dar conta de fatos novos ou acompanhar os fenômenos que emergem da sociedade. Os advogados teriam uma imagem de si mesmos, de raiz liberal, se enxergando como um ser neutro que aplica a lei a casos concretos²⁷. Há uma clara desvinculação do caráter público da profissão, defendida por Aguiar, para uma natureza essencialmente privada.

²⁴ LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

²⁵ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

²⁶ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

²⁷ *Ibid.*

Assim, o advogado é um ser idealista, dividido, ambíguo e corporativo, além de um conservador, sendo que “[...] sua grande meta é uma ordem jurídica estável, o famoso Estado democrático de Direito”²⁸. No entanto, reconhece o professor Roberto Aguiar que apesar dessa crise que diminuiu a significação social da profissão, os cursos de Direito não estão em crise, mantendo-se a elevada demanda pelos bacharelados, em especial em instituições particulares.

O cerne da crítica não está, porém, nos números do ensino jurídico. A análise epistemológica e antropológica de Roberto Aguiar sobre o mundo jurídico é o grande mote da discussão.

Segundo Aguiar, “o mundo jurídico opera em destempo com a modernidade”²⁹. Nesse sentido, nem mesmo a racionalidade foi alcançada nas práticas atrasadas, artesanais, que consideram a máquina como um inimigo dos advogados, incapazes de conviver com a tecnologia.

Ainda no âmbito da prática, os advogados são seres individualistas, num mundo onde coletivo se impõe cada vez mais através de organizações e movimentos sociais. “É uma prática monista num mundo pluralista, e uma num mundo fragmentário”³⁰.

No que se refere aos textos legais, prossegue Aguiar afirmando que os subsídios para a atuação não são teóricos, não se localizam no nível do ser, mas do dever-ser, pois são doutrinários. Há predominância da forma sob o conteúdo, não se diferenciou ainda teoria e doutrina, linguagem e metalinguagem. Não há crítica e o Direito acaba exercendo um papel corretivo, como no Direito Medieval, cabendo ao homem contemplar a glória da ordem e a cumprir. Assim, o homem jurídico do Código civil é ainda o homem da Primeira revolução industrial, útil e disciplinado para a produção, já que nossa antropologia é do século passado, e as leis ainda descrevem um homem abstrato e individualista.

Para Roberto Aguiar, o artesanato, o individualismo, o destempo também atingem o Poder Judiciário, que ele caracteriza como instituição lenta, complexa, de alto custo e elitista, que não tem a coragem de julgar causas relevantes à sociedade, nem compromisso com as demandas dos grupos desvalidos. Segundo o autor, quem comanda os feitos no Brasil são cartórios e seus responsáveis, e o cotidiano da sociedade é absolutamente diverso do cotidiano dos juízes.

À falta do atingimento de uma racionalidade no mundo jurídico, somam-se os problemas educacionais. Para Aguiar, as escolas de Direito não formam e nunca formaram advogados, posto que tal nunca foi seu objetivo – o que antes era formar quadros para a alta burocracia do Estado emergente, hoje visa propiciar uma formação generalista, de cultura geral, a fim de permitir ascensão social ou melhores salários aos frequentadores dos cursos jurídicos.

Do outro lado, os cursos jurídicos, como possuem baixo custo, acabam servindo para financiar novos cursos mais caros, especialmente nas faculdades privadas, tornando possível

²⁸ *Ibid.*

²⁹ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 37.

³⁰ *Ibid.*

inclusive que a instituição ofereça apenas o curso de Direito, vez que não é necessário muito material ou mesmo recursos humanos³¹.

Na análise do professor Roberto Aguiar, a democratização dos cursos jurídicos é vista como uma falácia, que remonta à época ditatorial recente em que, percebendo o potencial crítico que os discentes do curso de direito ainda tinham, a abertura indiscriminada de cursos jurídicos levou à mediocrização dos cursos, com alunos sem nível e professores de emergência (juizes, promotores, advogados) sem preparo pedagógico. Assim, o Direito, de saber essencialmente político, se torna neutro e a sociedade, da qual nascem e morrem direitos, mero pano de fundo retórico. Desaparecem disciplinas como a Filosofia, a Lógica e a retórica e mesmo as disciplinas dogmáticas não são bem ministradas.

Daí que o resultado é a desqualificação dos egressos dos cursos jurídicos. Para estes formandos, o próprio curso de Direito os qualifica com as noções gerais que fornece. O mercado do cotidiano e das causas miúdas pode até ser atendido por tais profissionais, mas sobre o ponto de vista das macrorrelações político-econômicas, Aguiar sustenta que o formado nesses cursos é um desqualificado. Aqueles que se dão conta de sua mediocridade, enfrentam ainda as dificuldades de frequentar cursos de pós-graduação *strictu sensu*, cujas exigências e clientela de pequena burguesia dificultam a permanência do estudante que trabalha, os cursos de pós-graduação *latu sensu* pouco qualificam e os cursos de especialização possuem elevada marca mercantil.

No entanto, a questão é mais profunda para o professor Roberto Aguiar. Apenas a qualificação técnica também não é suficiente, pois o mundo atual exige criatividade e aprofundamento reflexivo, não havendo espaço para advogados neutros. Para ele, localizar-se na equidistância, não assumir posições – o que vai muito além de especialização, envolvendo aspectos técnicos, éticos, estratégicos e ideológicos, é ser empurrado para o limbo da insignificância histórica.

Para Aguiar, na visão do ensino como mercadoria não se cursam disciplinas, compram-se créditos, num sistema de *dolus bonus* decorrente do ótimo investimento que os cursos jurídicos se tornaram. Há pressa de terminar o curso e conseguir o diploma, não há interdisciplinariedade, e nem mesmo questões fáticas não são discutidas a contento. O despreparo para a prática da pesquisa, para a investigação dos fenômenos esbarra na visão textualista do mundo e o advogado assim formado é pronto, cheio de certezas e pequenas dúvidas casuísticas e tópicas.

Dessa forma, reformas no ensino jurídico que se realizam apenas com mudanças curriculares não são suficientes. Para o professor Roberto Aguiar, há grande necessidade do novo no ensino jurídico, a fim de que se possa resgatar a importância do profissional jurídico na sociedade heterogênea que descreve, donde emergem novos e diversos grupos e atores sociais. No final de sua obra, o professor sugere, nesse ponto, a criação de novos cursos, com novos currículos, programas e professores, onde o ideal seria que os discentes se formassem em tempo integral, e fossem submetidos à avaliação pela sociedade após alguns anos de experiência³².

³¹ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991, p. 79.

³² AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

4 ENSINO E PRÁTICA JURÍDICA BRASIL CONTEMPORÂNEO: PARA ALÉM DOS NÚMEROS

Quando se trata do ensino jurídico no Brasil, teoria e prática não coincidem absolutamente, o que, para citar ainda Roberto Aguiar, demonstraria a insuficiência de ambas.

Uma vez egresso das faculdades, o advogado recém-formado percebe na prática, que vive numa sociedade marcada por forte divisão de classes, num país latino-americano subdesenvolvido, que o Direito oficial não é o único vigente e que seus clientes têm problemas ligados à sua situação social e econômica das quais o Direito não dá conta. Nesse momento haveriam duas saídas ao jovem profissional da advocacia: decide viver para desvelar os direitos concretos eclipsados por abstrações, ou se acomoda e aprende as regras para viver num cenário que lhe dá sustento imediato³³.

A “descoberta” do Brasil real, com suas mazelas, divisões, ideologias e a precária situação econômica de boa parte da população, pode chocar tanto o advogado quanto os bacharéis em Direito que atuam em órgãos estatais, em especial no Poder Judiciário e Ministério Público, que por vezes se depara com essa realidade pela primeira vez na prática profissional³⁴.

Eis o ponto crucial da discussão: a visão míope do Direito ensinado nos cursos jurídicos, desde as Academias de Direito até às faculdades de Direito no Brasil de hoje. Trata-se de uma ideia de um Direito único, e ainda pior, por vezes importado de constitucionalismos construídos no norte global, cujas teorias pouco se ajustam à realidade brasileira.

Não há como culpar exclusivamente o profissional egresso dos cursos jurídicos pelo insucesso de suas práticas. Neste ponto, Roberto Lyra Filho vai ao cerne do problema:

O uso do cachimbo dogmático entorta a boca, ensinada a recitar, apenas, artigos, parágrafos e alíneas de “direito oficial”. Mas, então, é também uma injustiça cobrar ao estudante a mentalidade assim formada, como se fosse um destino criado por debilidade intrínseca do seu organismo intelectual. Sendo as refeições do curso tão carentes de vitaminas, que há de estranhar na resultante anemia generalizada?³⁵

Soma-se a isso, e ainda antes das necessárias reformas pedagógicas, o papel historicamente desempenhado pelos cursos jurídicos no país, de formar uma elite política para os primórdios do Brasil imperial e, posteriormente como instrumento de ascensão social da classe média, cuja ideologia destoa da massa da população brasileira.

Nesse sentido, sustenta Alysson Mascaro³⁶ que, dentre os agentes de cúpula do Direito, haveria uma naturalização da ideologia jurídica dominante, onde o Direito se impõe como fórum de racionalidade técnica, de legalidade e neutralidade. Já em suas estruturas, o campo jurídico seria formado por uma gama de agentes quase sempre advindos da classe média, cujas balizas de mundo são aquelas de seus conviventes – *status*, símbolos, níveis e focos de consumo, valores e compreensões.

³³ AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980, p.28.

³⁶ MASCARO, Alysson. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018.

Ao se colocarem tais questões, insuperáveis apenas com modificações pontuais de ensino, a mera preocupação com os números crescentes de alunos dos cursos jurídicos e profissionais do Direito pode adquirir ainda contornos de reação à “massificação” do que antes fora um espaço restrito a sujeitos determinados.

Mesmo porque, se o cerne da crise não diz respeito às reformas curriculares, mas à ausência de compreensão do fenômeno jurídico como complexo e plural (Roberto Lyra Filho) ou de modernização da abordagem teórico-prática do Direito (Roberto Aguiar), o mero fechamento de cursos ou restrição no número de vagas não representa grande potencial reformador, mas meramente redutor do problema.

Conforme Horácio Rodrigues³⁷, o processo de ensino se dá em três etapas, que podem ser representadas pelo método de abordagem, o objeto e o método didático-pedagógico. Nesse sentido, necessárias reformas em todas as etapas do ensino jurídico poderiam resultar na obtenção de uma maior convergência entre ensino e prática.

E, no ponto, outro número pode ser relevante: enquanto o número de faculdades de Direito, alunos e profissionais do Direito aumentou nos últimos anos, como já visto, entre 2014 e 2018 a queda de exemplares de livros jurídicos vendidos foi de 65,8%³⁸.

Não se desconhece que o avanço da tecnologia permite o acesso à conteúdos bibliográficos além dos livros físicos. Mas o que constatou o professor e editor jurídico Hemerson Furst é a existência de uma espécie de “alta literatura jurídica” e “baixa literatura jurídica”, onde a “alta literatura” pode ser entendida com aquela produzida por autores que investiram cerca de 15 anos em formação acadêmica para produzir a obra. Já a “baixa literatura” representa o mercado editorial cujo público é de não leitores e o conteúdo ofertado é distinto do texto, podendo oscilar de diagramas e esquemas a vídeos, *cards* de memorização etc. Do que se tem atualmente, os produtores desse tipo de conteúdo investiram, em sua maioria, poucos anos de formação acadêmica, e é possível encontrar até mesmo “conteudistas” que sequer concluíram a graduação em Direito, mas são *best-sellers*³⁹.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Ordem dos Advogados do Brasil demonstrou grande preocupação com os crescentes números jurídicos, buscando medidas de avaliação e controle da quantidade de cursos jurídicos no Brasil, em especial aqueles oferecidos por instituições privadas de ensino, implementando mecanismos para avaliação dos estudantes e profissionais, estes últimos apenas quando do ingresso em seus quadros através do Exame de Ordem.

Na Academia, diversos autores se voltaram a reformas pedagógicas do ensino jurídico, enquanto propostas clássicas como a de Roberto Lyra Filho destacam a insuficiência

³⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

³⁸ FURST, Hemerson. *Os inacreditáveis números do livro jurídico – parte 1*. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2019/08/02/os-inacreditaveis-numeros-do-livro-juridico-parte-1?fbclid=IwAR3OIBrEG5yHdfE9GN6ivAtz4kIZdBGSLIHGR0THxvp8th580Ud402E_q1s. Acesso em 20.out.2019.

³⁹ FURST, Hemerson. *Os inacreditáveis números do livro jurídico – parte 1*. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2019/08/02/os-inacreditaveis-numeros-do-livro-juridico-parte-1?fbclid=IwAR3OIBrEG5yHdfE9GN6ivAtz4kIZdBGSLIHGR0THxvp8th580Ud402E_q1s. Acesso em 20.out.2019.

do que se entende e, por consequência, se ensina como Direito. Na prática do Direito, a profícua análise de Roberto Aguiar ressalta o caráter pré-moderno de certas práticas advocatícias, que se pretendem neutras e artesanais, ignorando a realidade social e o advento da máquina e da tecnologia.

Os números do ensino jurídico não parecem descolados de uma realidade de expansão dos cursos superiores de maneira geral, mesmo que questionável o caráter “democrático” e “universalizante” do acesso à cursos de graduação em comparação com a totalidade da população brasileira. O histórico dos cursos jurídicos no país pode, de certa forma, apontar para promessas não cumpridas, no sentido de que o estudante que busca ascensão social e financeira ao ingressar nas faculdades de Direito, ao formar-se bacharel e, eventualmente alçar aos quadros da OAB, depara-se com uma realidade de desemprego, desprestígio e desconhecimento da prática jurídica, no extremo oposto de suas ambições iniciais.

Sem negar a existência de problemas quanto à qualidade do ensino jurídico no Brasil, o caminho para sua melhora não parece ser promover medidas para limitar o acesso ao ensino, mas antes reformá-lo profundamente, permeando-o com novas visões e práticas condizentes com a realidade brasileira. Tal coerência pode inclusive resgatar o prestígio dos operadores do Direito, cuja diminuição é que parece mobilizar o debate nas diversas frentes.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto A. R. *A crise da advocacia no Brasil: diagnósticos e perspectivas*. São Paulo: Alfa-Omega, 1991.

DIRETORIA DE ESTATÍSTICAS EDUCACIONAIS – DEED/INEP. *Censo da Educação Superior 2017. Divulgação dos principais resultados*. Brasília-DF: Inep/MEC, setembro de 2018. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/setembro-2018-pdf/97041-apresentac-a-o-censo-superior-u-ltimo/file>. Acesso em 19.out.2019.

_____. *Censo da Educação Superior 2017. Resumo Técnico do Censo Da Educação Superior 2017*. Brasília-DF: Inep/MEC, 2019. Disponível em: http://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/resumo_tecnico/resumo_tecnico_censo_da_educacao_superior_2017.pdf. Acesso em 19.out.2019.

FALCÃO, Joaquim de Arruda. *Mercado de trabalho e ensino jurídico*. Rio de Janeiro: Fórum Educ., 7(1):3-18, jan./mar. 1983.

FGV PROJETOS. *Exame de Ordem em Números – volume III*. Abril de 2016. Disponível em: https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/oab_3_edicao_v4_web_espelhado.pdf. Acesso em 19.out.2019

FURST, Hemerson. *Os inacreditáveis números do livro jurídico – parte 1*. Disponível em: https://www.publishnews.com.br/materias/2019/08/02/os-inacreditaveis-numeros-do-livro-juridico-parte-1?fbclid=IwAR3OIBrEG5yHdfE9GN6ivAtz4klZdBGSLIHGR0THxvp8th580Ud402E_q1s. Acesso em 20.out.2019.



LYRA FILHO, Roberto. *O Direito que se ensina errado*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, 1980.

MASCARO, Alysson. *Crise e golpe*. São Paulo: Boitempo, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. *Institucional: quadro de advogados*. <https://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>. Acesso em 19.out.2019.

_____. *OAB pede a suspensão da abertura de cursos de Direito por cinco anos*. Disponível em: <https://www.oab.org.br/noticia/57440/oab-pede-a-suspensao-da-abertura-de-cursos-de-direito-por-cinco-anos>. Acesso em 19.out.2019.

_____. Conselho Federal. *OAB Recomenda: instrumento em defesa da educação jurídica brasileira* - 6. ed. – Brasília: OAB, Conselho Federal, 2019.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico: saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

WARAT, Luís Alberto. PÊPE, Albano Marcos Bastos. *Filosofia do Direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.



O PERCURSO DO “REPÚDIO AO TERRORISMO” NA ASSEMBLEIA CONSTITUINTE (1987-88): A COMISSÃO AFONSO ARINOS E AS CONTROVÉRSIAS AUSENTES

THE “REPUDIATION OF TERRORISM” IN THE BRAZILIAN CONSTITUENT ASSEMBLY (1987-88): THE AFONSO ARINOS COMMISSION AND ABSENT CONTROVERSIES

ANA CAROLINA COUTO*

RESUMO

O artigo aborda o percurso do repúdio ao terrorismo nas discussões que ocorreram ao longo da Assembleia Nacional Constituinte, utilizando como referencial teórico-histórico as principais controvérsias pautadas à época sobre a agenda de combate ao terrorismo, incluindo sua relação intrínseca com a proteção dos direitos humanos, o punitivismo e a falta de definição clara desse crime. Embora uma das principais características da Constituição de 1988 seja a forma democrática como foi elaborada, com a articulação de diversos projetos políticos e ideológicos e a ampla participação popular, a previsão de terrorismo foi feita por meio do resgate ao pré-projeto da Comissão Afonso Arinos. Nesse sentido, o presente artigo investiga por meio da análise dos debates sobre o repúdio ao terrorismo ocorridos no contexto da elaboração do artigo 4º da Constituição de 1988, se algumas controvérsias substantivas atinentes ao terrorismo à época não teriam sido relegadas a segundo plano ou simplesmente ignoradas, ao se recorrer ao texto do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos como forma de atalho à redação dos princípios de relações internacionais.

Palavras-chave: Assembleia Constituinte; repúdio ao terrorismo; princípio de relações internacionais

ABSTRACT

This paper analyses how the repudiation of terrorism was addressed in the discussions during the Brazilian Constituent Assembly. The theoretical-historical framework is the array of controversies regarding the political agenda of combating terrorism that had been guiding discussions at that time, including the intertwined relationship between human rights protection and terrorism, punitivism and the absence of a clear-cut definition of the crime. Although one of the main aspects of the Constitution is the democratic way it was designed – as there was a wide range of political proposals, ideological debates and significant participation of the people –, constituents resorted to the draft of the Afonso Arinos Commission to copy the clause about terrorism. Thus, this paper analyses what were some of those controversies over terrorism under discussion worldwide that Brazilian constituents bypassed when they resorted to the draft of the Arinos Commission to coin the article about the principles of international relations.

Keywords: Constituent Assembly; repudiation of terrorism; principle of international relations.

* Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB).
couto.anacarolina@gmail.com

Recebido em 28-12-2019 | Aprovado em 27-2-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 O PERCURSO DO “REPÚDIO AO TERRORISMO” NA ANC: A BREVIDADE DAS DISCUSSÕES; 2 AS CONTROVÉRSIAS AUSENTES: O PUNITIVISMO E O LADO OSCURO DOS DIREITOS HUMANOS; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A experiência do passado abre uma fenda na Constituição para se projetar no futuro, e, pelo conceito moderno de constituição, essa projeção é não só possível, mas desejável¹. No caso da criminalização do terrorismo não é difícil antever a brecha para a transposição de uma visão autoritária de punir o dissenso político. A delimitação desse crime é uma pauta recorrente no Congresso Nacional, com discussões que abrangem a criminalização de atos como a manifestação política de movimentos sociais. Daí a importância de se voltar aos debates travados na Assembleia Nacional Constituinte (ANC) para analisar se foram abordadas – e de que forma o foram – as controvérsias sobre o crime de terrorismo.

Embora os debates sobre terrorismo na ANC tenham ocorrido em duas frentes – como princípio de relações internacionais (artigo 4º) e como direitos e garantias fundamentais (artigo 5º) –, este artigo se propõe a analisar apenas as discussões sobre o repúdio ao terrorismo como princípio das relações internacionais. A adoção desse princípio de relações internacionais foi feita tal como estava disposto no Anteprojeto Afonso Arinos, o que contraria, em certa medida, a marca de inflexão dessa Assembleia Constituinte com relação ao histórico do poder constituinte brasileiro, embora seja exceção e não se possa afirmar que a constituição partiu de um texto-base². Na verdade, não havia uma força política hegemônica na Assembleia Constituinte, e até mesmo o Centrão não foi mais que uma ampla coalizão de veto que frequentemente falhou em se articular.

Com base nessas considerações, o presente artigo visa a discutir a adoção do repúdio ao terrorismo, buscando compreender quais as preocupações do constituinte à época e qual a sua concepção sobre o que seria o crime de terrorismo nessa imbricada teia que liga o passado recente autoritário, o presente constituinte e o futuro democrático, regime político que pressupõe o acolhimento do dissenso.

Por fim, cabe ressaltar que, embora seja evidente que os atentados terroristas do século XXI tenham produzido desdobramentos normativos que seriam imprevisíveis na década de 1980, provocando uma “espécie de ‘atualização’ do conceito de

¹ PAIXÃO, Cristiano. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014.

² BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016, p. 9.

constitucionalismo”³, o presente artigo tem outro escopo: o de analisar como as discussões constituintes, ao fazer escolhas em relação ao passado, orientam decisões no presente e as possibilidades para o futuro.

1 O PERCURSO DO “REPÚDIO AO TERRORISMO” NA ANC: A BREVIDADE DAS DISCUSSÕES

No que se refere às disputas sobre a forma da Assembleia Constituinte⁴, alguns grupos políticos defenderam que deveria haver uma convocação exclusiva; outros, que deveria haver a convocação de juristas, com notável saber, para elaboração da nova constituição. Nesse contexto, é derrotada a proposta de constituinte exclusiva e posta em funcionamento a Comissão Provisória de Estudos Constitucionais (apelidada de Comissão de Notáveis ou Comissão Afonso Arinos), com o objetivo de conduzir estudos para a elaboração da nova constituição, ainda que já tivesse sido determinada a instauração da Assembleia Nacional Constituinte composta pelos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal em 1987-1988. João Gilberto Lucas Coelho afirma que “a rejeição à ideia de um Projeto prévio era muito disseminada na opinião pública e constara, em geral, do discurso de campanha dos constituintes. Direita e esquerda, conservadores e progressistas, moderados e radicais, quase todos haviam criticado a ‘comissão dos notáveis’”⁵.

O produto dessa Comissão, segundo Michiles, “não se tornou um texto-base para a futura Constituição, nem foi encaminhado oficialmente à Assembleia Nacional Constituinte. Todavia, teve forte presença nos debates que aconteciam”⁶. No entanto, nos debates sobre o terrorismo o anteprojeto da Comissão Afonso Arinos teve influência quando se trata da formulação dos princípios de relações internacionais.

A Comissão Afonso Arinos foi o rascunho principal para o que viria a ser o inciso VIII do artigo 4º da Constituição Federal. Embora os primeiros anteprojetos não reproduzam os princípios de relações internacionais, assim como previsto no Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, tanto os convidados a fazer exposições nas audiências públicas quanto os constituintes foram, aos poucos, trazendo seu texto de volta para o debate. Assim, embora os Anteprojetos da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais (Subcomissão 1-a, ligada à Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher) tenham sido diferentes do anteprojeto Arinos, no que se refere ao repúdio ao terrorismo permaneceram as proposições deste na redação final da constituição.

O relator da Subcomissão I-a, João Herrmann Neto (PMDB-SP), em sua primeira versão de projeto, não abordou terrorismo, na medida em que não concebeu, ao contrário do modelo de Arinos, artigo específico sobre os princípios das relações internacionais. O primeiro rascunho trazia dois artigos em que se previam os princípios da Carta das Nações Unidas e da

³ PAIXÃO, Cristiano. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte-MG: UFMG-Pós-Graduação em Direito, 2004. v. 1. 417p.

⁴ Id. *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014.

⁵ COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (ed.). *O processo constituinte: 1987-1988*. Brasília: Agil, 1988, p. 41-60.

⁶ MICHILES, Carlos et al. *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

Carta da Organização dos Estados Americanos como os pilares das relações internacionais. Nesses dispositivos, o único princípio nomeado seria o da coexistência pacífica:

Art. 19. Nas relações internacionais, o Brasil adotará atitude de coexistência pacífica e se regerá pelos princípios constantes da Carta da Organização das Nações Unidas, tal como explicitados na Resolução no 2.625 da Assembléia Geral, na sua 25a sessão.

Art. 20. Nas relações interamericanas, o Brasil respeitará os princípios da Carta da Organização dos Estados Americanos.

O fato de não haver correspondência com o artigo referente aos princípios das relações internacionais do anteprojeto Arinos vai de encontro às exposições em audiências públicas.

Segundo João Gilberto Lucas Coelho,

[pelo] regimento, a Subcomissão deveria destinar de cinco a oito reuniões para audiências públicas com entidades representativas de segmentos da sociedade. Em cada uma delas, ganhou dimensão própria esta disposição regimental. Foram ouvidos convidados e representações que se apresentavam espontaneamente para depor. A lista destas audiências inclui Ministros de Estado e autoridades dos Três Poderes da República, especialistas em diferentes matérias, lideranças empresariais e sindicais [...]. O tema proposto era sempre alvo das posições divergentes que existem na sociedade. [...] Ou seja, o funcionamento conjunto das 24 Subcomissões criou uma pluralidade extraordinária de depoimentos, delegações apinhando-se pelos corredores do Congresso, manifestações. Nem mesmo a imprensa teve estrutura para acompanhar completamente a riqueza e variedade dos acontecimentos e dos conteúdos que eram diariamente apresentados. É provável que nenhum outro fórum oficial tenha sido tão profundo e tão diversificado no reconhecimento da realidade brasileira. O País e sua sociedade, de repente, estavam ali, desnudados, contraditórios, grandiosos e problemáticos, em toda a sua verdade.⁷

Inúmeras das exposições de juristas e profissionais das relações exteriores na Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais defendiam a necessidade de se retomar os dispositivos elencados pelos notáveis da Comissão Afonso Arinos. Muitos desses notáveis estavam entre os próprios expositores em audiência pública.

Vicente Marotta Rangel expôs sobre “Soberania e relações internacionais”, em 28 de abril de 1987, na qualidade de professor da faculdade de direito da USP⁸, e esse é um dos exemplos de expositor que fez uso de constantes referências ao projeto Arinos. Chegou a afirmar, por exemplo: “creio que o preâmbulo redigido pelo Professor Afonso Arinos, que, aliás, é nosso mestre – fui por ele examinado no meu concurso à cátedra – colocou bem a matéria”.

⁷ COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (ed.). *O processo constituinte: 1987-1988*. Brasília: Agil, 1988, p. 41-60.

⁸ BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 77.

Outra referência foi feita por Carlos Roberto Siqueira Castro, que expôs sobre “Aspectos internos da soberania”, em 30 de abril de 1987, na qualidade de professor da PUC-RIO. O expositor elogiou a assertividade da Comissão de Notáveis ao afirmar que o “Projeto Afonso Arinos, criado pela Comissão Provisória de Estudos Constitucionais, da qual tive a honra de ser assessor especial, proscovia a tortura”⁹.

O anteprojeto da Comissão dos Notáveis foi fundamental para a redação dos princípios de relações internacionais. Siqueira Castro mais uma vez defende o anteprojeto da Comissão, no sentido de dizer que seu texto estava mais completo que o do anteprojeto de João Herrmann, e que deveria substituí-lo no projeto final da subcomissão:

Ainda sobre esse tema, ocorreu-me a idéia contida no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, de quem tive a honra de ser assessor naquele trabalho extremamente árduo. O Anteprojeto Arinos, no art. 5º, indica, desde logo, alguns princípios considerados de maior relevância para as relações internacionais. São eles: o princípio de sujeição obrigatória do Estado brasileiro aos princípios de respeito à autodeterminação dos povos, a uma ordem econômica justa e equitativa, enfim, todos aqueles que devem ser incorporados formalmente, no nosso texto constitucional. Daí o porquê da minha intuição ser a de se prever, nesse dispositivo, esses princípios, de capital importância, além daqueles contidos na Carta da Organização das Nações Unidas.¹⁰

Para Siqueira Castro, a enumeração do Anteprojeto Afonso Arinos era resultado de uma seleção dos princípios mais importantes ao Brasil. O artigo 5º do Anteprojeto Afonso Arinos tinha a seguinte redação:

O Brasil rege-se nas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – defesa e promoção dos direitos humanos;
II – condenação da tortura e de todas as formas de discriminação e de colonialismo;
III – defesa da paz, repúdio à guerra, à competição armamentista e ao terrorismo;
IV – apoio às conquistas da independência nacional de todos os povos, em obediência aos princípios de autodeterminação e do respeito às minorias;
V – intercâmbio das conquistas tecnológicas, do patrimônio científico e cultural da humanidade¹¹

Para ele, essa redação deveria ser levada em consideração, já que os princípios da Carta da ONU, que Herrmann buscava reafirmar, constituíam mais de 30, o que seria, portanto, mais prolixo. Segundo Castro: “Recomendaria aqui a enumeração feita no Anteprojeto Arinos, que me parece de muito boa inspiração”¹².

O último Anteprojeto da Subcomissão não prevê o repúdio ao terrorismo como princípio das relações internacionais, tampouco o anteprojeto da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher. Todavia, na Comissão de Sistematização,

⁹ BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, 1987, p. 38.

¹⁰ BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, 1987, p. 115.

¹¹ PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, trad. Patricia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 29.

¹² *Ibid.*, p. 116.

presidida pelo próprio Afonso Arinos, no Substitutivo 1 do Relator¹³, que era Bernardo Cabral (PMDB-AM), aparece o “repúdio ao terrorismo” assim como constava no anteprojeto da Comissão Afonso Arinos. Não houve, contudo, uma discussão que problematizasse a condição do terrorismo no sistema internacional e o porquê de sua prevalência como princípio que norteasse as relações internacionais do Brasil.

O inciso VIII do artigo 4º da Constituição Federal não sai pronto e acabado no anteprojeto da Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, mas os argumentos que justificavam o “repúdio ao terrorismo” entre os princípios de relações internacionais estavam majoritariamente neste momento da ANC.

Na apresentação do primeiro Anteprojeto, no qual foram abordados os princípios de relações internacionais como sendo aqueles constantes da Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), o relator João Herrmann Neto defende os artigos (19 e 20) pela necessidade de se reconhecer o direito internacional:

entendemos que o mundo não é mais a potestade de Camões; o mundo é uma relação entre os Estados, entre os povos. De que maneira se faz esse ordenamento jurídico entre os povos? A luta pela democracia, pelos direitos humanos, em qualquer lugar onde eles se encontram. Esse é nosso princípio basilar dentro da Constituição brasileira. E, acima de tudo, queremos uma ordem econômico que não seja como a atual dos ricos contra os pobres, porém justa e equitativa¹⁴

Da mesma forma, o Presidente da Subcomissão, Antônio Ferreira (PFL/AL), afirma que: “tentamos sistematizar nosso trabalho a partir de sugestões que nos foram encaminhadas, bem assim do texto do Projeto Afonso Arinos, e diversas Constituições brasileiras e também de algumas Cartas estrangeiras, como a portuguesa, a espanhola, a mexicana, a francesa, a italiana e outras”.¹⁵

Em termos de “repúdio ao terrorismo”, essa garantia de consonância com o direito internacional pode ter grande peso para “enganar incautos”¹⁶. Há o peso da retórica para exaltar alguns valores (direitos humanos, por exemplo), mas há também para negar acesso a outras liberdades, por meio do reforço da segurança, como é o caso do repúdio ao terrorismo. Nos debates da ANC, no âmbito da construção do artigo 4º, não houve aprofundamento crítico em questões como, por exemplo, qual seria o conceito de terrorismo ou quais seriam os tratados internacionais sobre o tema.

A influência que os constituintes buscaram no direito estrangeiro não se restringiu aos textos do ordenamento jurídico internacional, mas também a “pessoas da comunidade internacional”¹⁷ e a direito interno de outros países. Em sua exposição na subcomissão, Celso

¹³ Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/constituicao20anos/DocumentosAvulsos/vol-235.pdf>>. Acesso em 18 dez. 2019.

¹⁴ BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, 1987, p. 109.

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶ SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 115.

¹⁷ Constituinte Sarney Filho, PFL/MA.

Albuquerque Mello¹⁸ afirma que “a Constituição da Holanda determina: ‘um tratado aprovado por três quartos do Parlamento dos Estados Gerais revoga a Constituição’. [...] Acho que no Brasil isso ainda não é possível”¹⁹.

Essas referências são interessantes, mas não há debates sobre elas. Boa parte do conteúdo das exposições nas audiências públicas não é aprofundada, e questões importantes sobre o terrorismo não são problematizadas, de modo que os constituintes têm a intenção de replicar o que estava em voga no mundo, mas sem delimitar o conceito e sem que o terrorismo tivesse uma tipificação pré-definida.

As menções à incorporação de dispositivos como o repúdio ao terrorismo estiveram presentes em quase todas as exposições feitas em audiências públicas, sem que, todavia, se questionasse qual foi a participação brasileira na elaboração dessas normas internacionais. O embaixador Flexa de Lima²⁰ dizia que “daríamos um saudável exemplo de convívio internacional se nos atívéssemos” aos princípios como o da proibição de guerra de conquista e da solução pacífica de controvérsias²¹.

No mesmo sentido, Celso Albuquerque Mello defendia que deveria haver previsão, na nova constituição, de que convenções de direitos humanos deveriam ser obrigatoriamente remetidas do Executivo ao Legislativo para votação, e não ser uma discricionariedade do Presidente da República, como os demais tratados. A preocupação principal era relacionada ao caso concreto dos Pactos de Direitos Humanos da ONU, bem como da Convenção de Direito Humanitário de 1977, que tinham sido assinados pelo Presidente, mas ainda não haviam passado pela votação do Congresso, de modo que o país estava ausente das principais normas internacionais de direitos humanos.

Dessa forma, os princípios, segundo Flexa de Lima, deveriam ser aqueles que já estavam na ordem jurídica internacional, já referendados pelo sistema ONU, e, para Albuquerque Mello, deveria ser dada alguma centralidade aos tratados de direitos humanos e a sua proteção.

A tônica dos debates que envolvem direitos humanos e o direito internacional, em termos gerais, e o terrorismo, especificamente, é a de que o Brasil já se obrigava ou deveria se obrigar a regras e princípios internacionais, na medida em que estes eram critérios inerentes aos conceitos mais contemporâneos de regimes democráticos. Na justificativa que fez a seu anteprojeto, o relator Herrmann Neto associou essa incorporação do direito internacional e dos direitos humanos à defesa da democracia:

O mundo é uma relação entre os Estados, entre os povos. De que maneira se faz esse ordenamento jurídico entre os povos? A luta pela democracia, pelos direitos

¹⁸BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 77. Celso Albuquerque Mello expôs sobre “Normas de relações internacionais no texto constitucional”, em 28 abr. 1987, na qualidade de professor de direito internacional público da UFRJ.

¹⁹BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, 1987/1988, p. 23.

²⁰BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Edições Câmara, 2009, p. 77. Paulo Tarso Flexa Lima expôs sobre “Relações Internacionais na futura Constituição – política externa”, em 22 abr. 1987, na qualidade de Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores.

²¹BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, 1987/1988, p. 5.

humanos, em qualquer lugar onde eles se encontram. Esse é nosso princípio basilar dentro da Constituição brasileira²²

Dessa forma, João Herrmann concretizava em seu anteprojeto uma perspectiva de que o país tanto colaboraria para a elaboração do direito internacional quanto essa colaboração seria necessária para a democracia brasileira.

Apesar de todas essas referências ao direito internacional e, principalmente, à proteção de direitos humanos, presentes nas exposições feitas em audiência pública na Subcomissão da Nacionalidade, da Soberania e das Relações Internacionais, não há debates específicos sobre a necessidade de cada um dos princípios que hoje compõem o artigo 4º estar no texto constitucional. Especificamente, não houve discussões sobre o terrorismo, o que revela a omissão em dois aspectos que seriam relevantes para o momento. Em primeiro lugar, o significado de terrorismo no ordenamento jurídico brasileiro da época, discussão que, ao contrário, revelou-se importante no âmbito da elaboração do inciso XLIII do artigo 5º. Em segundo lugar, o significado de terrorismo nas convenções internacionais já existentes em 1987-1988. Não foi discutido sequer quais os atos de terrorismo existentes no mundo à época que justificariam o “repúdio ao terrorismo” ser um princípio do Brasil nas suas relações internacionais.

2 AS CONTROVÉRSIAS AUSENTES: O PUNITIVISMO E O LADO OSCURO DOS DIREITOS HUMANOS

A criminalização do terrorismo remete à questão da tutela penal, que recai sobre o ordenamento jurídico interno do Estado, consistindo em uma das problematizações comuns à época da ANC, sobre a qual os constituintes não refletiram. A primeira reflexão dentro do espectro do liberalismo político é a de que a noção de direitos fundamentais é controversa, e não pode deixar de ser, uma vez que há – e não pode não haver – uma conotação axiológica intrínseca²³. Considerando essa relatividade do significado de direitos fundamentais e, portanto, de direitos humanos, é importante analisá-los frente ao direito penal.

O problema penal é um dos motivos centrais para se construir e legitimar um ordenamento jurídico. Segundo Pulitanò, o primeiro problema da política – e do direito – é o problema de assegurar proteção e segurança, “porque resolvê-lo é a condição para poder resolver, em termos gerais, qualquer outro problema”. Assim, o direito das pessoas (direito subjetivo, num sentido *lato*) surge com a norma jurídica, como uma “lapela” dos deveres normativos. Dentro do sistema penal, qualquer direito ou interesse pode, teoricamente, ser posto em prática como um resultado de proteção por meio da coerção legal ou como limite à coerção legal²⁴.

²² BRASIL. Ata da Subcomissão 1-a, reunião de 11 mai. 1987, p. 109.

²³ PULITANÒ, Domenico. Diritti umani e diritto penale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 83.

²⁴ *Ibid.*, p. 93. “[nei] problemi di collisione e bilanciamento di diritti fondamentali viene in rilievo il carattere ambivalente del classico bene collettivo (io direi: del concetto) di sicurezza: esso riflette l’ambivalenza costitutiva della protezione di diritti o beni giuridici che il diritto affida a strumenti (come quelli penali) incidenti anch’essi

O sistema penal, ao coagir ou impedir a coação, permite a execução dos direitos fundamentais, como é inúmeras vezes argumentado pelos próprios constituintes na construção do inciso que repudia o terrorismo. Dessa forma, a perspectiva de segurança e defesa está intrinsecamente ligada ao discurso dos direitos humanos. Isso se torna evidente quando há colisão de direitos fundamentais, pois é assim que se reflete a ambivalência constitutiva da proteção dos direitos ou interesses legais. Nesse sentido, direito internacional dos direitos humanos nem sempre é emancipatório. De certo modo, é muitas vezes um espaço obscuro²⁵, com um peso retórico significativo, o que é especialmente relevante no que se refere ao terrorismo.

Na década de 1980, quando a Assembleia Nacional Constituinte esteve em funcionamento, o terrorismo ocupava os debates internacionais sob várias perspectivas. Uma delas, a título de exemplo, era a acepção atribuída a ações dos movimentos de esquerda que se opunham a regimes ditatoriais em países latino-americanos, onde os Estados Unidos intervieram durante toda a década²⁶. Outra era relacionada às lutas por autodeterminação

su diritti e beni giuridici. Se l'idea di sicurezza definisce un *ne essenziale* dell'ordinamento giuridico, è giustificato parlare di *diritto alla sicurezza*? o addirittura di sicurezza come diritto fondamentale?"

²⁵ SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

²⁶ HOBBSBAWN, Eric J. *A Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007, p. 440-441. "O fim da década de 1970 viu a onda de revolução lançar seus salpicos sobre os EUA, quando a América Latina e o Caribe, inquestionável área de dominação de Washington, pareceram inclinar-se para a esquerda. Nem a Revolução Nicaraguense de 1979, que derrubou a família Somoza, peões do controle americano nas pequenas repúblicas da região, nem o crescente movimento de guerrilha em El Salvador, nem mesmo o criador de casos general Omar Torrijos, postado no canal do Panamá, enfraqueceram seriamente o domínio dos EUA, não mais que a Revolução Cubana; menos ainda a revolução na minúscula ilha de Granada em 1983, contra a qual o presidente Reagan mobilizou todo o seu poderio armado. E, no entanto, o sucesso desses movimentos contrastou de maneira impressionante com o seu anterior fracasso na década de 1960, e causou uma atmosfera que beirou a histeria em Washington no período do presidente Reagan (1981-9). Apesar disso, foram sem dúvida fenômenos revolucionários, embora de um tipo latino-americano conhecido; a grande novidade, ao mesmo tempo intrigante e perturbadora para os da velha tradição esquerdista, basicamente seculares e anticlericais, foi o surgimento de padres católico-marxistas, que apoiavam, e mesmo participavam e lideravam, insurreições. A tendência, legitimizada por uma 'teologia da libertação', apoiada por uma conferência episcopal na Colômbia (1968), surgirá após a Revolução Cubana, e encontra poderoso apoio intelectual no setor mais inesperado, os jesuítas, e na menos inesperada oposição do Vaticano. Enquanto o historiador vê quão longe estavam da Revolução de Outubro mesmo essas revoluções da década de 1970, que proclamavam afinidade com ela, os governos dos EUA inevitavelmente as encaravam em essência como parte de uma ofensiva global da superpotência comunista. [...] As revoluções da década de 1970 levaram portanto ao que se chamou de 'Segunda Guerra Fria'".

nas ainda colônias²⁷. E uma terceira era aquela que afetava diretamente pessoas dos países do Norte, como os sequestros de oficiais de Estado ou de aviões²⁸.

Nesse contexto, a retórica, que, de um lado, exaltava direitos humanos, de outro, defendia o aumento do uso do aparato de defesa e segurança nacional sob a justificativa de proteger esses direitos. Assim, se, de um lado, os Estados Unidos, principalmente na administração do presidente Jimmy Carter (1977-1981), pressionavam a América Latina a ratificar os Pactos de Direitos Humanos e a participar da Comissão de Direitos Humanos (CDH) da Organização das Nações Unidas (ONU), de outro, também patrocinavam ações de intervenção, usando a retórica de que se estava protegendo direitos humanos, impedindo o autoritarismo de esquerda e o terrorismo. O discurso europeu antiguerra e pró-direitos humanos, por exemplo, ignora o fato de que boa parte dos genocídios do século XX foram patrocinados pela própria Europa:

A história mostra [...] que a tradição europeia sempre se manifestou em sequências de guerras, massacres e torturas, seguidos – é verdade, e cabe mencionar – do comprometimento com a construção de uma situação melhor do que aquela resultante da sequência de guerras, massacres e torturas. As práticas mais letais do século XX, a saber, o genocídio e o bombardeio aéreo foram inventadas e exaltadas pelos estados europeus. (tradução nossa)²⁹.

²⁷ FOCARELLI, Carlo. Brevi note sul problema della definizione del terrorismo internazionale. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (org.). *Le regole dell'eccezione – un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione de terrorismo*. Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2011, p. 314. “Nel periodo della guerra fredda la divisione tra i due blocchi generò anche una divisione tra due modi di concepire il terrorismo, oscillando ancora ambigualmente tra terrorismo «di Stato» e terrorismo «contro lo Stato»: per gli occidentali il terrorismo riguardava soltanto gli individui e i gruppi, eventualmente «sponsorizzati» da Stati, mentre per gli Stati del Terzo Mondo il terrorismo riguardava essenzialmente le pratiche delle Potenze coloniali. Ne derivava che la rivolta armata al colonialismo era giustificata dalle colonie (e dagli Stati che ne sostenevano l’acquisto dell’indipendenza) come l’unico efficace mezzo di liberazione nazionale e terroriste erano considerate le potenze coloniali, mentre per gli Stati occidentali, al contrario, erano terroristi i metodi utilizzati dai popoli in lotta per l’autodeterminazione”.

²⁸ Bombing of U.S. Embassy in Beirut, April 18, 1983: Sixty-three people, including the CIA’s Middle East director, were killed and 120 were injured in a 400-pound suicide truck-bomb attack on the U.S. Embassy in Beirut, Lebanon. The Islamic Jihad claimed responsibility; Kidnapping of Embassy Official, March 16, 1984: The Islamic Jihad kidnapped and later murdered Political Officer William Buckley in Beirut, Lebanon. Other U.S. citizens not connected to the U.S. government were seized over a succeeding two-year period; Restaurant Bombing in Spain, April 12, 1984: Eighteen U.S. servicemen were killed and 83 people were injured in a bomb attack on a restaurant near a U.S. Air Force Base in Torrejon, Spain; Berlin Discothèque Bombing, April 5, 1986: Two U.S. soldiers were killed and 79 American servicemen were injured in a Libyan bomb attack on a nightclub in West Berlin, West Germany. In retaliation U.S. military jets bombed targets in and around Tripoli and Benghazi; Attack on U.S. Diplomat in Greece, June 28, 1988: The Defense Attaché of the U.S. Embassy in Greece was killed when a car-bomb was detonated outside his home in Athens. Esses incidentes, considerados terroristas, estão disponíveis no site do Departamento de Estado norte-americano: <<https://2001-2009.state.gov/r/pa/ho/pubs/fs/5902.htm>>. Acesso em 19 dez, 2019.

²⁹ SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 117.

Se a prática de atos de terrorismo é usada como justificativa para que haja exceções (possibilidade de se recorrer à tortura), então se teria o dilema entre direitos fundamentais e segurança, sendo que, dentro dessa lógica, para proteger a sociedade contra o terror seria preciso reforçar mecanismos de segurança e, portanto, não se poderia impedir o recurso à tortura e outros métodos igualmente excepcionais.

Entre terrorismo e tortura na Constituição Federal de 1988, há uma colisão lógica entre o princípio da ofensividade ou da tutela do bem jurídico. Para Pulitanò, no plano do direito constitucional – política do direito – a questão das obrigações se torna “descolorida”, já que não fica evidente a contradição em prol da tutela dos direitos humanos. Assim, o direito penal é uma instituição chave, porque “colore” esse direito:

O uso da espada da justiça, embora vinculado a pressupostos e formas cuidadosamente ponderados na balança da justiça, excede, por natureza, a dimensão do julgamento racional, incorporando modelos punitivos que envolvem alguma carga de ameaça e imposição de sofrimento, sobre o qual é sempre oponível o problema de ser ou não ser uma solução justa e razoável. No uso da espada – seja qual for sua finalidade –, o risco do uso indevido, excessivo ou degradante no que se refere aos valores humanos mais fundamentais está sempre à espreita. O direito penal, imagem da justiça por excelência, sempre corre o risco de se tornar um abuso. Luz e escuridão, para permanecer na metáfora, estão estruturalmente entrelaçadas no instrumento mais autoritário de que o estado de direito dispõe³⁰. (tradução nossa)

Na mesma linha, outro importante debate, segundo Maria Lúcia Karam, era que após os anos 1970, alguns grupos sociais passaram a demandar uma solução penal contra autores de atos violentos em uma espécie de furor persecutório. Essa febre repressora, se estendeu a amplos setores da esquerda, embora ignorando o uso, no passado e no presente, dessa justificativa como fator de legitimação de forças mais reacionárias.

Karam afirma que, seduzidos pela reação punitiva, estes setores da esquerda não percebem que seu equivocado discurso sobre a criminalidade “faz de amplos setores da esquerda uma reacionária massa de manobra da ‘direita penal’”³¹. Nesse sentido, as forças políticas que, na Assembleia Constituinte, defenderam que houvesse a criminalização (ou o repúdio a) certos atos poderiam estar sendo movidas por esse “furor persecutório”, de modo que incitaram grupos mais autoritários a fazê-los de massa de manobra para colocar na Constituição a perspectiva punitivista.

Outro aspecto importante em termos de direitos humanos é um paradoxo em torno da justificativa dessa classe de direitos. A justificativa para a existência do direito internacional dos direitos humanos ancora-se no pressuposto de que a pessoa humana não pode ser reduzida a um meio para a realização de outros objetivos do Estado, sobretudo quando essa finalidade se confunde com o interesse pessoal de um grupo que esteja no poder instaurando práticas de tortura, desaparecimentos e mortes a fim de manter seus privilégios. Ou seja, é questionável esse direito que visa substancialmente a criar normas que protejam

³⁰ PULITANÒ, Domenico. Diritti umani e diritto penale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 102.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, p. 79-92, 1996.

privilégios e imunidades de que gozam os indivíduos que representam o Estado.³²

Essa análise é particularmente válida para o que existia de direito internacional de combate ao terrorismo³³ à época. Em 1987-1988, quando foi escrita a Constituição Federal de 1988, havia seis convenções internacionais (e seus protocolos) considerados pelas Nações Unidas como sendo parte de um direito internacional de combate ao terrorismo. Essas convenções eram: *Convention on Offences and Certain Other Acts Committed on Board Aircraft* (14 jul. 1963); *Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft* (16 dez. 1970); *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation* (23 jul. 1971); *Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents* (14 dez. 1973); *International Convention against the Taking of Hostages* (17 dez. 1979) – e seus três protocolos até 1988: *Protocol on the Suppression of Unlawful Acts of Violence at Airports Serving International Civil Aviation* (24 fev. 1988); *Convention for the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation* (10 mar. 1988); *Protocol of the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Fixed Platforms Located on the Continental Shelf* (10 mar. 1988) –; e *Convention on the Physical Protection of Nuclear Material* (3 mar. 1980)³⁴. Das seis convenções, pelo menos três abordavam diretamente privilégios e imunidades de funcionários do Estado.

A afirmação e o desenvolvimento do regime de direitos humanos no âmbito do direito internacional é um resultado difícil, embora possível (haja vista o adensamento de normas que protegem direitos do indivíduo desde a primeira Convenção de Genebra, em 1864), em grande medida devido à perspectiva particularista. Direitos humanos se apoiam em medidas de tutela muito diversas de acordo com cada país, em diversos níveis de solidariedade, tolerância e cultura nacionais. Esse aspecto é notável no caso das ditaduras latino-americanas da segunda metade do século XX. Todavia, em um Estado autoritário, a imposição internacional de respeito a direitos humanos é equivalente ao questionamento sobre a forma como as autoridades de governo se investiram de poder, ou seja, exigir que uma ditadura reconheça direitos humanos é como pedir que ditadores limitem seu próprio poder.

Ao final da década de 1970, quando houve grande pressão internacional – tanto de outros governos, como o de Jimmy Carter, quanto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos – para que o Brasil formalmente aderisse ao sistema internacional de direitos humanos, o lado negativo do particularismo ficou evidente. Quando a primeira-dama norte-americana Rosalynn Carter visitou o Brasil em julho de 1977, ela fez o pedido para que o presidente Geisel assinasse a Convenção Americana de Direitos Humanos, e Geisel “lembrou-lhe que a Convenção previa o funcionamento de uma corte supranacional, o que para ele

³² SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 117.

³³ Vale mencionar que, em seminário intitulado “Developing States in a Changing World Order”, ministrado pelos professores George Galindo (da Universidade de Brasília) e Antony Anghie (da Universidade de Utah), na UnB em 2016, Anghie afirmou que não é possível dizer que havia (como ainda não há) um direito internacional de combate ao terrorismo na década de 1980, porquanto as escaças e muito específicas legislações internacionais sobre o tema não conformariam arcabouço suficiente para ser considerada como um sistema.

³⁴ Disponível em: <<http://www.un.org/en/counterterrorism/legal-instruments.shtml>>. Acesso em 17 dez 2019.

significava um atentado à soberania brasileira. Não assinaria”³⁵. Geisel ressalta o argumento de que as políticas de repressão às ideias de esquerda nasceram nos EUA, com o Macartismo, e ainda justifica que:

[o] que caracteriza melhor (...) o respeito profundo do Brasil e dos brasileiros pelos direitos humanos [é] a ausência de preconceitos raciais e religiosos. O Brasil seria talvez realmente um exemplo para o mundo, com sua sociedade multirracial convivendo em harmonia. Com uma legislação que data de muitos anos e que pune severamente quaisquer tendências racistas³⁶.

O governo brasileiro recorre ao mito da “democracia racial”³⁷ como argumento particularista para o cumprimento apenas da parte dos direitos humanos que estava em consonância com a cultura brasileira (sendo que mesmo essa parcela era somente retórica, sem qualquer repercussão real). Além da resposta retórica que evoca o particularismo, a medida tomada pelo governo brasileiro foi a de buscar engajar-se na Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, não para cooperar com a agenda de direitos humanos, mas para obstruir que fossem feitos relatórios sobre a situação desses direitos no Brasil, já que os relatórios apontavam o uso da tortura pelo Estado como meio de conter o dissenso político, muitas vezes catalogados como atos de terrorismo:

Infelizmente, a recalitrância em aceitar os mecanismos de verificação de violações é um indício seguro da indisposição em respeitar direitos humanos. No que diz respeito à tutela internacional dos direitos humanos, mais do que a carta de direitos protegidos, os mecanismos processuais assumem um peso fundamental, ou seja, as ferramentas que podem ser usadas pelos indivíduos para recorrer contra violações perpetradas por um Estado contra direitos que lhes são atribuídos. Os Estados acostumados a violar os direitos humanos sabem muito bem que não lhe causaria grandes danos, do seu ponto de vista, se vincular, no plano internacional, ao regime de direitos humanos, mas que, ao contrário, seria um erro grave aceitar que organismos internacionais imparciais, imbuídos de poderes sancionatórios pudessem investigar como eles se comportam na prática. Embora todos os estados se declarem entusiastas dos direitos humanos e defensores árdus destes, relativamente poucos se comprometem a engajar imparcial e efetivamente.³⁸ (tradução nossa)

O argumento do particularismo é paradoxal, uma vez que, embora seja necessário observar as idiosincrasias regionais, há o risco de que os Estados recorram a esse argumento para praticar graves violações dos direitos humanos como parte de uma política deliberada

³⁵ GASPARI, Elio. A ditadura encurralada. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2014b, p. 387-394. Sobre a visita da primeira-dama Rosalynn Carter ao Brasil, em julho de 1977, a primeira reunião com o presidente Ernesto Geisel é avaliada por Gaspari como tendo sido “setenta minutos de desentendimento”.

³⁶ GASPARI, Elio. A ditadura encurralada. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2014b, p. 391.

³⁷ Sobre o mito da democracia racial no Brasil, ver “O negro no mundo dos brancos”, de Florestan Fernandes, publicado em 1972.

³⁸ SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. Il lato oscuro dei Diritti umani. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014, p. 122.

para aterrorizar a oposição em uma espécie de estado de terrorismo³⁹. No caso do Brasil, o fato de essa apropriação argumentativa ter ocorrido fica claro na sentença proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no *caso Goiburú e outros vs. Paraguai*:

[tanto o] Estado [como] suas instituições, mecanismos e poderes deveriam funcionar como garantia de proteção contra a ação criminal de seus agentes. Não obstante, verificou-se uma *instrumentalização do poder estatal como meio e recurso para cometer a violação dos direitos que deveriam respeitar e garantir*, executada mediante a colaboração interestatal indicada. Isto é, o Estado se constituiu em fator principal dos graves crimes cometidos, configurando-se uma clara situação de ‘terrorismo de Estado’⁴⁰.

Até 1985, o Brasil assinava, entre os tratados de direitos humanos, apenas a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que não tinha força vinculante, e, entre os tratados de combate ao terrorismo, havia ratificado os de 1970 e 1971⁴¹. O governo de José Sarney engajou-se em assinar os Pactos de direitos humanos, tanto do sistema americano quanto do sistema universal, tendo até mesmo assinado a “Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes” durante a Assembleia Geral da ONU de 1985. Todos esses acordos internacionais, todavia, só passaram a ter validade no ordenamento jurídico interno a partir de 1992, quando começaram a ser ratificados pelo Congresso Nacional brasileiro.

Assim, a existência do terrorismo justificaria o recrudescimento das leis e medidas de segurança para proteger os direitos humanos (daqueles que não são “terroristas”, já que para estes, excepcionalmente, os direitos humanos não se aplicariam). A relação entre o repúdio ao terrorismo e o direito internacional, principalmente em sua relação com direitos humanos, reforça a tese de que há um lado obscuro na questão dos direitos humanos, uma vez que, ainda que se lance luz aos problemas, ainda não há solução que não passe pelo argumento de aumento do aparato de defesa e segurança.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade não está imune ao efeito de práticas desconstituintes⁴². Na história recente do Brasil, é clara a forma como “alguns setores da sociedade [...] nunca aceitaram completamente o resultado do processo constituinte de 1987-1988. Essas forças, que não são insignificantes, estão sempre se articulando para desmontar o arcabouço normativo construído em 1988” ou para complementar as fendas punitivistas que também compõem a

³⁹ *Ibid.*, p. 118.

⁴⁰ Sentença completa disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/15934c4d6d9ca1cf602e165fc5afa3cf.pdf>>.

⁴¹ *Convention for the Supression of Unlawful Seizure of Aircraft* (16 dez. 1970); *Convention for the Supression of Unlawful Acts against the Safety of Civil Aviation* (23 jul. 1971).

⁴² Cristiano Paixão, “28 anos esta noite: o futuro da Constituição de 1988”. Disponível em: <<http://jota.info/colunas/democracia-e-sociedade/28-anos-esta-noite-o-futuro-da-constituicao-de-1988-05102016>>. Acesso em 17 dez. 2019.

Constituição, como a criminalização de certos atos, incluindo-se aí a previsão do repúdio ao terrorismo.

Medidas legislativas como a Lei nº 13.260, de 2016, que regulamenta o crime de terrorismo – disposto no inciso XLIII do artigo 5º da CF –, em certa medida legitimam posições de constituintes mais punitivistas, que não necessariamente se vinculavam à agenda política autoritária ou à ditadura militar; pelo contrário, como fica claro ao analisar os desdobramentos da Constituinte. Assim, a Assembleia Constituinte abre possibilidades para o futuro, sendo, por isso, importante considerar a complexidade das disputas travadas na Constituinte sobre o repúdio ao terrorismo.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2016.
- BACKES, Ana Luiza; AZEVEDO, Débora Bithiah de; ARAÚJO, José Cordeiro de (org.). *Audiências públicas na Assembleia Nacional Constituinte: a sociedade na tribuna*. Brasília: Edições Câmara, 2009.
- BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, ano I, 1987.
- _____. Assembleia Nacional Constituinte. *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*. Brasília, ano II, 1988.
- COELHO, João Gilberto Lucas. O processo constituinte. In: GURAN, Milton (ed.). *O processo constituinte: 1987-1988*. Brasília: Agil, 1988, p. 41-60.
- COUTO, Ana Carolina. *Terrorismo e tortura na Assembleia Nacional Constituinte (1987-88): do direito da segurança nacional à democracia*. 2017. 158 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.
- FOCARELLI, Carlo. Brevi note sul problema della definizione del terrorismo internazionale. In: MECCARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo (org.). *Le regole dell'eccezione – un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione de terrorismo*. Macerata: Edizioni Università di Macerata, 2011.
- GASPARI, Elio. *A ditadura encurralada*. Rio de Janeiro: Instrínseca, 2014b.
- HOBBSAWN, Eric J. *A Era dos Extremos: O breve século XX (1914-1991)*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, n. 1. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, p. 79-92, 1996.
- MICHILES, Carlos et al. *Cidadão Constituinte: a saga das emendas populares*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.

PAIXÃO, Cristiano. Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988. *Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*. Sevilla, ano 13, no 26, p. 146-169. Segundo semestre de 2011.

_____. Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, v. 43, p. 415-460, 2014.

_____; CARVALHO NETTO, Menelick de. Entre permanência e mudança: reflexões sobre o conceito de constituição. In: MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro; PORTO, Sérgio Gilberto. (Org.). *Constituição, jurisdição e processo* -- estudos em homenagem aos 55 anos da Revista Jurídica. 1ed. Sapucaia do Sul-RS: Notadez, 2007, p. 97-109.

_____; BARBOSA, Leonardo A.A. Cidadania, democracia e Constituição: o processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte de 1987-1988. In: PEREIRA, Flávio Henrique Unes; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Org.). *Cidadania e inclusão social: estudos em homenagem à Professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin*. 1a ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008, p. 121-132.

_____. *A reação norte-americana aos atentados de 11 de setembro de 2001 e seu impacto no constitucionalismo contemporâneo: um estudo a partir da teoria da diferenciação do direito*. Belo Horizonte-MG: UFMG-Pós-Graduação em Direito, 2004. v. 1. 417p .

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, trad. Patricia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PULITANÒ, Domenico. Diritti umani e diritto penale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.

SCOVAZZI, Tullio. Il lato oscuro dei diritti umani: aspetti di diritto internazionale. In: MECARELLI, Massimo; PALCHETTI, Paolo; SOTIS, Carlo. *Il lato oscuro dei Diritti umani*. Madri: Universidad Carlos III de Madrid, 2014.



ANÁLISE SOBRE O INTERROGATÓRIO JUDICIAL NA LEI DE DROGAS: CONFLITO DOS PRINCÍPIOS DA ESPECIALIDADE, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

ANALYSIS ON THE COURT INTERROGATORY IN DRUG LAW: CONFLICT BETWEEN PRINCIPLES OF SPECIALITY, ADVERSARIAL PROCEDURE AND FULL DEFENSE

DANILO HENRIQUE NUNES* | JONATAS DOS SANTOS SILVA** | ADÉLCIO RAMOS DA CRUZ***

RESUMO

A atual Lei 11.343/2006 é o instrumento normativo competente para tratar sobre situações que envolvam drogas ilícitas, seja na sua questão material ou processual. Mediante esta informação, cabe apontar que o presente estudo tem como objetivo tratar sobre situações conflitantes entre normas especiais (tratadas pela supradita lei) e demais princípios constitucionais gerais (ampla defesa e contraditório), mas que por sua vez encontram meios para atuação no procedimento penal. Com a apresentação de uma revisão bibliográfica sobre o tema proposto, busca-se a apresentação de forma construtiva sobre a regulamentação legal e a sua aplicação nos procedimentos processuais. A metodologia utilizada neste trabalho por sua vez, além da revisão acima narrada, utilizou-se de artigos científicos, jurisprudência e legislações processuais, sejam elas vigentes ou revogadas. Ou seja, guiou-se pelo método dedutivo, e que de forma significativa resulta na conclusão que quando possível, o princípio da especialidade deve ser respeitado e utilizado, mas não para este caso em tela, já que a ampla defesa e o contraditório, além de princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito, é nada mais, nada menos que um defensor da dignidade daqueles que estão nos átrios brasileiros.

Palavras-chave: Lei de Drogas; interrogatório judicial; conflito de princípios; mitigação; especialidade.

ABSTRACT

The current Law 11.343 / 2006 is the competent normative instrument to deal with situations involving illicit drugs, whether in its material or procedural issue. Through this information, it is worth pointing out that the present study aims to deal with conflicting situations between special rules (dealt with by the aforementioned law) and other general constitutional principles (broad defense and contradictory), but which in turn find ways to act in criminal proceeding. With the presentation of a bibliographic review on the proposed theme, we seek to present it in a constructive way about legal regulation and its application in procedural procedures. The methodology used in this work, in addition to the review described above, used scientific articles, jurisprudence and procedural laws, whether in force or revoked. That is, it was guided by the deductive method, and which significantly results in the conclusion that when possible, the principle of specialty must be respected and used, but not for this case, since the broad defense and the contradictory in addition to structuring principles of the Democratic State of Law, is nothing more, nothing less than a defender of the dignity of those who are in the Brazilian courts.

Keywords: Drug Law; judicial interrogatory; conflict of principles; mitigation; speciality.

* Doutorando e Mestre em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
Professor Universitário. Advogado.
dhnunes@hotmail.com

** Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogado.
jonatashet23@gmail.com

*** Especialista em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da USP. Advogado.
adelcioramos@hotmail.com

Recebido em 5-1-2020 | Aprovado em 3-3-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006; 1.1 Criação, conceitos e objetivos da Lei Federal nº 11.343/2006; 1.2 Procedimentos processuais da Lei Federal nº 11.343/2006; 2 DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, O INTERROGATÓRIO DO RÉU NA LEI DE DROGAS E O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS; 2.1 O procedimento da audiência de instrução na Lei de Drogas; 2.2 Os princípios e garantias constitucionais dos acusados; 2.3 Dos possíveis prejuízos causados ao acusado pela Lei Federal nº 11.343/2006; 2.4 O conflito dos princípios da especialidade, da ampla defesa e do contraditório; 3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PROBLEMÁTICA; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante chamada CRFB/1988, tem como garantias fundamentais a: ampla defesa e o contraditório, que por si só perfazem uma base principiológica para procedimentos processuais e que deste modo garantem a aquele que é acusado uma proteção as arbitrariedades do próprio Estado.

Além da Constituinte, é necessário a criação de normas infraconstitucionais, que regulamentarão a matéria processual de forma específica, seja por leis gerais (geralmente códigos processuais), ou por leis especiais, como por exemplo a Leis Federais n.º 9.099/1995 e 11.343/2006, a qual ambas trazem em seu interior normas específicas para determinadas ocasiões. Com a presente premissa, pode ocorrer o conflito entre normas, ante a regulamentação de uma situação por mais de um instrumento legal, sendo que nestes casos geralmente é utilizado o princípio da especialidade, visto que normas especiais sobrepõem normas gerais. Com a derradeira afirmação, não é espantoso que a citada situação encontre alguns obstáculos, a depender do caso concreto, sendo que um deles é tratado neste estudo.

Deste modo, como dito acima, a presente pesquisa tratará sobre a aplicação do princípio da especialidade nos crimes previstos na Lei Federal nº 11.343/2006 e os eventuais conflitos que a respectiva utilização gera ao ser comparado com os princípios da ampla defesa e contraditório.

Sem expor de forma excessiva no contexto introdutório, há de se apontar que tratar-se-á de forma breve a origem da Lei de Drogas atual no território brasileiro, com observação sobre os procedimentos processuais.

Por sua vez, avançando, será analisado o fator determinante aos eventuais conflitos entre os princípios acima expostos, com olhar delicado principalmente no momento do interrogatório do réu e as possíveis consequências que este pode gerar ao denunciado se feito de um modo que afeta a ampla defesa e contraditório.

Sem postergar aos demais capítulos narrados, é neste presente momento que se explorará a premissa inicial deste trabalho, ao modo que deve ser observada de forma cuidadosa. Por fim, a análise partirá principalmente sobre o contexto jurisprudencial das principais cortes brasileiras e principalmente das decisões proferidas pelas mesmas, que

demonstrará a situação realista a qual estamos inseridos. É sobretudo, apenas um elemento adicional a exposição feita pelo capítulo anterior, mas que não perde sua importância, visto que ela foi uns dos principais motivos que levaram a explanação anteriormente feita.

Feitas estas pontuações, imperioso destacar que o presente estudo tem como objetivo principal a análise de princípios norteadores do Direito e as consequências sofridas pelos cidadãos caso haja uma má aplicação dos mesmos.

1 ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DA LEI DE DROGAS Nº 11.343/2006

Com a inadequação da Lei 6.368/1976, devido ao amplo processo de descodificação do direito penal, fez que a legislação brasileira que tratava sobre as drogas ilícitas se tornasse absolutamente complexa¹. Com a presente premissa, tornou-se necessária a criação de uma nova norma, que unisse em só corpo os elementos materiais e processuais. Com isto, surge a Lei nº 11.343/2006.

1.1 Criação, conceitos e objetivos da Lei Federal nº 11.343/2006

A Lei Federal nº 11.343 foi sancionada em 23 de agosto de 2006 e é a atual Lei Antitóxicos, revogando as Leis nº 6.368/76 e 10.409/2002, que tratavam do tema, como dispõe o art. 75. Além de distinguir a figura do traficante e o usuário, a lei em comento instituiu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas — SISNAD, prescreveu medidas para prevenção do uso indevido e busca pela reinserção de usuários, bem como pela repressão à produção não autorizada ao tráfico ilícito².

Outra mudança, desta vez conceitual, está na alteração da denominação conferida à Lei que deixou de ser mencionada como Lei de Entorpecentes e passou a ser denominada “Lei de Drogas”³.

Neste interim, importante se faz a conceituação sobre o termo Drogas, que pode ser catalogado em diferentes categorias de diferentes áreas de conhecimento, inclusive no Direito Brasileiro⁴, e é feita pela derradeira Lei citada, considerando como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou

¹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: < <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580883>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

² Gonçalves, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. pág. 31.

³ LINS, Emmanuela Vilar. A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. *Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*. pág. 243-267, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

⁴ ADIALA, J. C. Drogas, medicina e civilização na primeira república. 2011. *Programa de Pós-Graduação em História das Ciências e da Saúde, Casa de Oswaldo Cruz–FIOCRUZ*, 2011. Disponível em: <https://repositorio.observatoriodocuidado.org/bitstream/handle/handle/896/tese_fiocruz_julio_adiala.pdf?squence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 08 jul. 2019.

relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União, nos exatos termos do artigo 1º, parágrafo único da, da Lei nº 11.343/2006.

Quanto a sua parte penal, além de criminalizar a mercancia das drogas, a lei tipifica em via de regra os atos meramente preparatórios para um agir criminoso, como por exemplo: adquirir e vender matéria-prima, insumo ou produto químico destinado a preparação de droga, bem como penaliza a associação para a realização dessas atividades⁵. A sua parte procedimental, será tratada especificamente na próxima seção.

1.2 Procedimentos processuais da Lei Federal nº 11.343/2006

Em via de regra, utiliza-se o procedimento comum na grande maioria dos casos, e que é regulamentado pelo Código de Processo Penal (CPP), promulgado pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941 e reformulado pela Lei nº 11.719, de 2008.

Além do procedimento comum, o Direito Processual Penal prevê o procedimento sumaríssimo e especial, sendo que ambos são utilizados pela Lei em comento. Há necessidade, porém, de citar que umas das principais diferenciações são encontradas no momento do interrogatório, visto que há certa distinção no ato da instrução probatória nos delitos descritos nos artigos 33 a 37 da citada norma, que trataremos futuramente e os demais tipos, a ser estudado neste tópico. Desta feita, cabe apontar que nas palavras de Jayme Walmer de Freitas a mencionada lei distingue dois procedimentos. A saber:

A Lei preconiza dois procedimentos distintos [...]: um para o crime de porte de entorpecentes e outro para as demais infrações. Por primeiro, será analisado o rito referente ao crime de porte que, [...], reflete os ditames da Lei dos Juizados Criminais. Por segundo, analisa-se, [...], o novo procedimento concernente aos crimes mais graves [...]⁶.

No tocante ao crime de porte, o procedimento a ser observado deverá ser aquele regulado pela Lei nº 9.099/95, ou seja, pelo procedimento sumaríssimo, nos termos do artigo 48, §1º, da Lei nº 11.343/06.

Se o crime imputado ao usuário possuir pena mínima não superior a 1 (um) ano, deverá ser analisada a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo. A mencionada proposta deverá ser feita pelo Parquet, que poderá ser aceita ou rejeitada pelo acusado. Caso aceite, o Magistrado homologará a transação entre as partes e determinará a suspensão do processo⁷. Caso não aceite, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato a denúncia, nos termos do artigo 77 da Lei 9.099/95. O Magistrado determinará a citação do acusado e o oferecimento da resposta à acusação no momento da audiência. Nesta ocasião,

⁵ QUEIROZ, Paulo. *Comentários à lei de drogas*. 2. ed. [S. l.]: Juspodivm, 2018, p. 14. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/ff69af02652251017981410ba3fd300d.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

⁶ *Aspectos penal e processual penal da novíssima lei antitóxicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1209, 23 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9074>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

⁷ Gonçalves, Victor Eduardo Rios. *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31.

o denunciado será interrogado após a oitiva das testemunhas de acusação e defesa, em harmonia ao art. 81 da supramencionada norma.

Nestes crimes, é necessário apontar que não há cominação de pena privativa de liberdade e sim de medidas ou penas alternativas ao cárcere. O acusado pela posse de drogas estará sujeito a uma das penas alternativas descritas no art. 27, da Lei nº 11.343/06. Importante denotar que antes de adentrar a análise ao procedimento especial, é preciso ressaltar que nem todos os delitos previstos nos artigos 33 a 39 observaram o derradeiro rito citado. É o que especifica Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Para os crimes previstos no art. 33, § 3º (oferta de droga para pessoa de seu relacionamento para consumo conjunto), e no art. 38 (prescrição ou administração culposa de droga), deverá ser adotado integralmente o rito da Lei n. 9.099/95, já que esses delitos se enquadram no conceito de infração de menor potencial ofensivo, pois suas penas máximas não excedem dois anos⁸.

Deste modo, cabe nos destacar que a ação é pública incondicionada. Com isso, surge a titularidade ao Ministério Público de oferecer a denúncia para início da ação penal.

Quanto a aplicação do procedimento especial, o artigo 48, §1º da supracitada norma é enfático em determiná-lo. Já no caput deste presente artigo vislumbra-se a aplicação subsidiária do CPP – Código de Processo Penal- nos casos em que não houver disposição legal. Em sua fase investigativa, caso haja ocorrência de flagrante delito, a autoridade judiciária comunicará ao juiz competente, remetendo ao Ministério Público cópias dos autos em 24 (vinte e quatro) horas, como dispõe o art. 50, da Lei de Drogas. Saliente-se que a presente comunicação está em conformidade ao disposto no art. 5º, LXII, da CRFB/1988.

Achando-se o indiciado preso, o alusivo inquérito policial deverá ser concluído no prazo de 30 (trinta) dias e caso esteja solto, no prazo de 90 (noventa) dias, com possibilidade de prorrogação pelo mesmo período, nos termos do art. 51, parágrafo único, da Lei de Drogas. Após a conclusão do Inquérito Policial e recebidos os autos em juízo, dar-se-á vista ao Ministério Público para que tome no prazo de 10 (dez) dias umas das seguintes medidas: (i) requerer o arquivamento; (ii) requisitar as diligências que entender necessárias e (iii) oferecer denúncia. É o que impõe o artigo 54 e seus incisos, da Lei Federal nº 11.343/2006.

Caso o Órgão Ministerial ofereça denúncia, será determinada a notificação pessoal do acusado, para que este no prazo de 10 dias apresente a defesa prévia, como determina o artigo 55 da Lei de Drogas. Na presente ocasião, conforme a disposição processual, o réu poderá arguir preliminares e exceções e utilizar todos os argumentos com intuito de que o juiz não receba a denúncia. Pontua-se que nesta defesa o denunciado deverá oferecer os documentos e arrolar as suas testemunhas (até cinco).

Oferecida a Defesa Prévia pelo acusado, o Juiz no prazo de 05 (cinco) dias poderá aceitar, rejeitar a denúncia ou determinar a realização de diligências que entenda imprescindíveis no prazo de 10 (dez) dias para a última hipótese. O recurso cabível contra a decisão que rejeita a denúncia é o Recurso em Sentido Estrito, disposto no art. 581, inciso I, do CPP – Código de Processo Penal. Percebe-se que é a primeira citação da subsidiariedade

⁸ *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pág. 64.

aplicada pelo CPP – Código de Processo Penal à Lei de Drogas, visto que na derradeira não há menção de um recurso específico com a mesma finalidade.

Por fim, caso o juiz acate a denúncia, designará audiência de instrução e julgamento, com citação do acusado e intimação das partes. Mencionado ato na instrução probatória será estudado em oportunidade própria futuramente. Entretanto, não podemos deixar de citar que a Lei Federal nº 11.343/2006 ao permitir que a Lei Federal nº 9.099/1995 regulasse algum dos seus tipos penais, possibilitou que o interrogatório do acusado fosse o último ato da instrução probatória, o que por si só garante mais proteção ao denunciado. O que se deve indagar é que, se ela possibilita uma maior aplicação protetiva a delitos de menor expressão, por qual razão deveria mitigar tal ampliação aos delitos mais graves? O que se parece é que foi feita uma inovação legislativa ou um mal acompanhamento de normas processuais e que na prática resultam na ineficiência da ampla-defesa.

Desta feita, é notável que a busca por uma inovação legislativa no âmbito processual ou seu incorreto acompanhamento maculou as garantias constitucionais reservadas aos acusados de terem cometido crimes dispostos na Lei de Drogas. Isto devido a inovação legislativa impor ao acusado uma barreira da qual este não consegue alcançar o contraditório e ampla-defesa. É o que se verá em seguida.

2 DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, O INTERROGATÓRIO DO RÉU NA LEI DE DROGAS E O CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS

No decorrer dessa pesquisa, foi-se citado sobre os possíveis prejuízos causados aos réus nos delitos 33 a 39 da Lei Federal nº 11.343/2006. Isso em razão da nova disposição da predita norma. Buscou-se, com afinco, ao longo das anteriores laudas construir um caminho explicativo, que demonstrasse os atuais procedimentos processuais.

Reportadas declarações foram necessárias para pormenorizar o assunto a ser tratado neste tópico, que conterà em seu seio o motivo na qual construiu-se a exibida análise. Menciona-se que nos demais capítulos houve críticas ao modelo adotado pela Lei de Drogas, mas não tão aprofundadas como neste momento. Sendo assim, analisar-se-á o procedimento processual da Lei de Drogas a partir da audiência de instrução e julgamento.

2.1 O procedimento da audiência de instrução na Lei de Drogas

É sabido que a audiência de instrução e julgamento deve ser regida pela regra da concentração dos atos processuais⁹. No tocante a Lei de Drogas, a audiência de instrução deve ser realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da peça acusatória¹⁰.

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016. p. 1668.

¹⁰ Art. 56. § 2º A audiência a que se refere o caput deste artigo será realizada dentro dos 30 (trinta) dias seguintes ao recebimento da denúncia, salvo se determinada a realização de avaliação para atestar dependência de drogas, quando se realizará em 90 (noventa) dias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 jul. 2019.

No caso de dependência de drogas do acusado, será determinada a realização de avaliação e, de conseguinte, a audiência será designada no prazo de noventa dias contados da data do recebimento da denúncia¹¹. Seguindo a determinação do art. 57 da Lei Federal nº 11.343/2006, após ser aberta a audiência de instrução e julgamento, será procedido de forma inicial o interrogatório do acusado.

Apontada conduta cerceia os meios de defesa do denunciado, sendo que a disposição processual do art. 400, do CPP – Código de Processo Penal- seria mais benéfica ao mesmo, em razão da ampliação e garantia do devido processo legal e o respeito a dignidade do acusado. Porém, devido ao princípio da especialidade, vem-se utilizando conforme a legislação extravagante, que por ora vem ser comentada neste artigo.

O presente ato (interrogatório), possui tamanha dimensão, que se destaca como também meio de defesa ao denunciado. É o que se extrai desta citação:

O interrogatório é considerado um meio de defesa do réu, sendo este um ato personalíssimo, um ato próprio do acusado que não deve ser passível renúncia. É considerado um meio de prova, pois o acusado irá justamente alegar sua defesa com as informações necessárias¹².

Por sua vez, Vicente Greco Filho discorre:

O entendimento mais aceito sobre a natureza do interrogatório é o de que é ele ato de defesa, porque pode nele esboçar-se a tese de defesa e é a oportunidade para o acusado apresentar sua versão dos fatos, mas é, também, ato de instrução, porque pode servir como prova¹³.

Por mencionada razão, o poder Estatal, com observação as garantias do réu, deverá sempre proporcionar o melhor caminho para que os atos de defesa se concretizem durante o processo judicial. Infelizmente, o presente poder Estatal ao criar a atual Lei de Drogas, equivocou-se na aplicação de garantias constitucionais. É sabido que a alteração dada pela Lei Federal nº 11.719/2008 é posterior a Lei de Drogas. Entende-se assim, que a lei especial seguiu o tratamento dispensado pelo CPP – Código de Processo Penal antes de sua reforma quanto ao interrogatório do acusado¹⁴, ou seja, seguiu um CPP- Código de Processo Penal autoritário e com ideais fascistas, já que sua criação se deu em plena vigência ditatorial.

¹¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016. p. 1668.

¹² CAPEZ, Fernando, apud CASTILHO, Lauro Sodrê de Falcão. *A incompatibilidade do instrumento do interrogatório na lei de drogas com o código de processo penal*. Repositório Institucional Tiradentes. Aracaju: Unit, 2015. Trabalho de conclusão de curso, Faculdade de Direito, Universidade Tiradentes, 2015, p. 11.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 249. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502219588/cfi/250!4/4@0.00:53.9>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

¹⁴ MANTOANI, Célia Terezinha; DE DEUS, Cássia Lissani. O exercício do contraditório e da ampla defesa no interrogatório do réu no procedimento da lei 11.343/06. *Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc Videira*, v. 1, p. 9, 2016.

Destaca-se assim, que com a reforma no CPP, houve uma nova observação aos ditames constitucionais, já que o interrogatório do réu foi imposto como último ato da instrução. Deste modo, foi reconhecido, ainda que indiretamente, que as normas que a antecediam a reforma foram promulgadas em Regime Militar, violavam a constituinte. Vide o que fala Mantovani e De Deus:

“Todavia, com o advento da Lei 11.719/2008, trouxe diversas alterações no Código de Processo Penal, a fim de adequá-lo com os ditames da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que o antigo CPP foi editado sob a égide do Estado Totalitário, necessitando, assim, alterações dos procedimentos para se adequar ao atual Estado de Direito e ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Assim, a lei especial conservou a redação de seu art. 57, mantendo o interrogatório do réu como primeiro ato da audiência de instrução e julgamento, em respeito ao princípio da especialidade¹⁵.”

Neste escopo, surgem diversos questionamentos e imbróglis no ponto de vista jurídico no tocante ao que se deve prevalecer: (i) as garantias constitucionais ou (ii) princípio da especialidade? Isto dependerá da interpretação doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto. O que não deve ocorrer, é o resgate das características de um sistema inquisitivo, que rejeita e ignora as disposições da Lei Maior.

Conforme o texto legal, após o interrogatório do acusado, serão ouvidas as testemunhas: primeiro as arroladas pela acusação e depois, as indicadas pela defesa¹⁶. A seguir, o Ministério Público e o Defensor do denunciado terão vinte minutos cada, prorrogáveis por mais dez minutos para alegações finais orais. Feito isto, o Magistrado proferirá a sentença caso possível ou ordenará que os autos lhe sejam conclusos para no prazo de dez dias, proferi-la¹⁷.

Percebe-se que com o interrogatório sendo o primeiro ato da audiência de instrução, há a real possibilidade do cerceamento de defesa e aplicação dos resquícios do sistema processual inquisitivo, uma vez o que “o processo não é visto como um instrumento para alcançar a verdade e fazer justiça, mas tão somente como um meio para fazer atuar o Direito Penal”¹⁸.

2.2 Os princípios e garantias constitucionais dos acusados

Tornar-se acusado de um processo criminal em nosso ordenamento jurídico não impõe automaticamente a perda ao direito de proclamar para si os princípios e as garantias constitucionais. Explana-se assim a irrevogabilidade das normas constitucionais condizentes a

¹⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016, p. 1669.

¹⁷ *Legislação penal especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 69.

¹⁸ NORES, José I. Cafferata. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba, Advoca-tus, 2012, p. 202, apud MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229245/cfi/87!/4/4@0.00:22.8>>. Acesso em: 14. jul. 2019.

característica humana do denunciado. Atualmente, com a adoção do sistema acusatório, consegue-se distinguir as funções de acusar, defender aquele que é acusado e julgar. Essas funções devem necessariamente serem feitas por sujeitos dessemelhantes. Além da repartição de funções, é possível destacar outras características:

(i) ativação da causa pelas partes; (ii) independência e imparcialidade do Juiz (iii) liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; (iv) contraditório; (v) publicidade e oralidade do procedimento; (vi) presunção de inocência; (vii) livre apresentação de provas pelas partes¹⁹.

Ainda que respectivo autor não faça menção a garantia constitucional da ampla defesa e do mega princípio da dignidade da pessoa humana, a abordaremos neste tópico. Entre as características citadas, aprofundaremos nos princípios do contraditório, e a presunção de inocência do acusado, pois como os demais acima, formam uma linha defensiva ao réu quando este é acusado pelo poder estatal. Desta feita, iniciaremos o estudo dos princípios e garantias mencionados pelo último descrito, ou seja, o da presunção de inocência.

O princípio da presunção de inocência não surgiu com o advento da CRFB/1988, visto que em 1764, Beccaria, na sua obra “Dos Delitos e das Penas” pontuava que “um homem não pode ser chamado réu antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”²⁰. Atualmente encontra respaldo no art. 5º, LVII, da CRFB/1988, sendo a mesma a primeira a tratar explicitamente sobre o assunto²¹. Destarte, a interpretação que se dá a este princípio é de que somos presumivelmente inocentes, ficando a encargo da acusação o ônus probatório desta demonstração. O cerceamento cautelar da liberdade só pode ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade²². Há quem diga que a presunção de inocência é um dever de tratamento a aquele que é acusado. Saliente-se que neste sentido Aury Lopes Jr qualifica respectiva titulação em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele. Veja:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto – inicialmente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares (como prender alguém que não foi definitivamente condenado?). Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites

¹⁹ MARQUES, José Frederico, apud MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação criminal defensiva*. 2010. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p. 76. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/publico/Andre_Augusto_Mendes_Machado_Dissertacao.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2019.

²⁰ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, pág. 34.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. Comentário ao artigo 5º, inciso LVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et. al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 946.

²² TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016. pág. 44.

democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência²³.

Além de dever de tratamento, é considerada soberana ao poder estatal de punir descontroladamente do Estado, impondo ao julgador a certeza sobre a culpabilidade do acusado. A seguir exposto, um trecho de Sarlet que destaca assertiva:

O direito de permanecer calado (*nemo tenetur se detegere*) e a presunção de inocência denotam a proeminência constitucional do direito de liberdade do acusado em face da pretensão punitiva do Estado – daí a proibição absoluta de prova ilícita em favor da acusação no processo penal. [...] A presunção de inocência e o ônus da prova da acusação impõem que a condenação penal só possa ser prolatada se o juiz se convencer da culpa para além da dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*). E a verificação do convencimento judicial só pode ocorrer em termos justificativos, donde a imprescindibilidade de se conjugarem, para observância da regra da presunção da inocência, o modelo de convencimento para além da dúvida razoável e o dever de motivação das decisões judiciais²⁴.

Além do exposto, denota-se que a presunção de inocência é um princípio informador processual penal. Com isto, consegue-se delinear um processo voltado as garantias constitucionais, visto que aquele que é réu, ainda tem resguardado os seus direitos como qualquer outro cidadão. O Estado ainda que acuse alguém, tem o dever de promover as mesmas garantias, entre elas o direito de ser considerado inocente. Sobre esta passagem, de que a presunção de inocência é um princípio informador, aponta-se:

Tem-se sustentado reiteradamente, quase como um lugar comum, que a presunção de inocência tem um papel determinante como princípio informador de todo o processo penal. Assim, o Tribunal Constitucional declarou que a presunção de inocência “serve de base a todo procedimento criminal e condiciona a sua estrutura, constituindo um dos princípios cardiais do Direito Penal contemporâneo, em suas facetas substantiva e formal”. Neste sentido, a presunção de inocência atuaria “como limite ao poder legislativo e como critério condicionador das interpretações das normas vigentes”²⁵.

Com a importante função, demonstra-se que a presunção de inocência além de forma de tratamento é também um fator a ser analisado no momento da elaboração das normas. Por isso, com este desdobramento, indaga-se e analisa-se se a regulamentação concernente ao momento do interrogatório do acusado na Lei Federal nº 11.343/2006, pois viola a presunção de inocência do réu, já que impossibilita sua defesa e cerceia o seu conhecimento total ao processo para expor sua versão.

Seguindo na linhagem de princípios, imperioso se faz tratar sobre a dignidade da

²³ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2016. pág. 79.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. pág. 905 e 908.

²⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 4, n. 1. Pág./s. 149-182, 2018.

pessoa humana, que prescreve que os indivíduos são considerados como sujeitos titulares de direitos, entre eles o de ser livre. Necessário relatar que assim, a dignidade humana faz que “todo o direito seja feito pelo homem e para o homem, que constitui o valor mais alto de todo o ordenamento jurídico. Sujeito primário e indefectível do direito”²⁶.

Diante disso, percebe-se a importância da dignidade da pessoa humana em nossa atualidade, que possui recentemente inclusão no rol dos princípios fundamentais e como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, III, da CRFB/1988). Destaca-se que nas palavras de Sarlet, a dignidade humana é um limite de poder e de tarefa dos poderes estatais²⁷. Prezado continua a pontuar:

[...] a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui o fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade.²⁸

Barroso destaca que a dignidade é também um princípio religioso que predispõe o respeito ao próximo, pois todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno²⁹. Com respectivas citações percebemos a amplitude dada a este princípio em nosso ordenamento e começamos a visar as consequências por ele gerado. A primeira consequência correlacionada ao nosso trabalho se dá pelo respeito da integridade física e moral do réu. Pontuamos respectivo ponto pois é sabido que o desrespeito a uma norma constitucional, além de macular respectiva espécie, atinge a dignidade daquele que é cerceada. Com isso, o acusado poderá se sentir coagido a depor e confirmar determinados fatos, sem uma análise aprofundada dos mesmos.

Deste modo, com a vigência do art. 57, da Lei Federal nº 11.343/2006, os acusados de terem cometido os crimes tratados pela lei especial de drogas além de terem sua ampla defesa e contraditório reduzidos, foram atingidos em sua dignidade, pois verifica-se que primeiramente não houve respeito ao próximo como preconiza supramencionado Ministro Barroso, nem ocorreu um limite ao poder de acusar e julgar estatal, diante de uma imposição evidente do sistema processual inquisitório.

Tal pontuação é necessária e importante neste estudo, pois demonstra que a inversão da ordem do interrogatório não é apenas uma alteração legislativa. Trata-se de uma situação que infringe normas constitucionais e o espírito democrático, entre eles a ampla defesa e o contraditório, que pontuaremos no próximo parágrafo.

Seguindo na linhagem proposta, incumbe-nos citar que a ampla defesa e o contraditório como reiteradamente narrados, são princípios constitucionais. Contudo,

²⁶ TOBEÑAS, José Castan. Los Derechos de la Personalidad. 1952, apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 23, 2003. pág. 1.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 288.

²⁸ *Ibid.*, pág. 288.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. pág. 257.

também são considerados princípios do processo penal, que determina que as partes sejam ouvidas acerca dos elementos probatórios produzidos pela outra parte. Não obstante, possibilita a defesa de cumprir o seu papel de forma vasta³⁰. No espectro constitucional, Sarlet afirma:

[...] o direito ao contraditório é identificado com a simples bilateralidade da instância, dirigindo-se tão somente às partes. Neste contexto, o contraditório realizasse apenas com a observância do binômio conhecimento-reação. Isto é, uma parte tem o direito de conhecer as alegações feitas no processo pela outra e tem o direito de, querendo, contrariá-las. [...] O direito à ampla defesa constitui direito do demandado. É direito que respeita ao polo passivo do processo. O direito de defesa é direito à resistência no processo e, à luz da necessidade de paridade de armas no processo, deve ser simetricamente construído a partir do direito de ação³¹.

Complementando tais assertivas, vide a conceituação de ambos princípios por dois renomados autores processualistas:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação [...] e a defesa [...] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. [...] O direito de defesa é concebido numa dupla dimensão: a) defesa técnica: ninguém pode ser acusado ou julgado sem defensor (constituído ou dativo), exercida por advogado habilitado [...] b) defesa pessoal ou autodefesa, exercida pelo próprio acusado. A defesa pessoal subdivide-se ainda em positiva (quando o réu presta depoimento ou tem uma conduta ativa frente a determinada prova, v.g. participando do reconhecimento, acareação etc.) ou negativa (utiliza o direito de silêncio ou se recusa a participar de determinada prova), concretizando o princípio do *nemo tenetur se detegere* (nada a temer por se deter) do art. 5º, LXIII, da CB; art. 186 do CPP; e 8.2. “g” da CADH.³²

[...] o contraditório vai abranger a garantia de influir em processo com repercussão na esfera jurídica do agente, independente do polo da relação processual em que se encontre [...] Enquanto o contraditório é princípio protetivo de ambas as partes (autor e réu), a ampla defesa – que com o contraditório não se confunde – é garantia com destinatário certo: o acusado. A defesa pode ser subdividida em: (1) defesa técnica (defesa processual ou específica), efetuada por profissional habilitado; e (2) autodefesa (defesa material ou genérica), realizada pelo próprio imputado. A primeira é sempre obrigatória. A segunda está no âmbito de conveniência do réu, que pode optar por permanecer inerte, invocando inclusive o silêncio³³.

³⁰ MANTOANI, Célia Terezinha; DE DEUS, Cássia Lissani. O exercício do contraditório e da ampla defesa no interrogatório do réu no procedimento da lei 11.343/06. *Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc Videira*, v. 1, 2016. pág. 9

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pág. 894-898.

³² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2016. pág. 80-89.

³³ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016. pág. 50-52.

Diante a situada premissa, precioso considerar que no processo penal o acusado também promove a sua autodefesa, no momento do seu interrogatório. Assim considerando que o réu pode exercer o seu direito de defesa e que os princípios do contraditório e ampla defesa são capitais para a observância íntegra do devido processo legal, uma vez que estes são interligados, a aplicação de qualquer norma que impeça o acusado do seu direito de se defender diretamente das imputações deverá ser revisada ou anulada, pois além de ferir a dignidade e presunção de inocência daquele que é acusado, promove a realização de um processo injusto.

2.3 Dos possíveis prejuízos causados ao acusado pela Lei Federal nº 11.343/2006

Em que pese a especificação da Lei de Drogas no capítulo 2, é de suma importância a análise de forma objetiva dos possíveis prejuízos causados ao acusado devido a nova interpretação processual dada pela Lei de Drogas. Com base nestes prováveis danos, conseguirá delimitar a análise dos efeitos causados pelo art. 57, da Lei de Drogas e consequências direcionadas não só ao réu e sim a todo ordenamento jurídico.

Tratar-se-á especificadamente em momento oportuno sobre: (i) da possível violação ao contraditório e ampla defesa; (ii) mais profundamente, sobre o eventual prejuízo à autodefesa; e (iii) imprecisões judiciais no tocante a qual procedimento a seguir.

Saliente-se que é possível que haja outros prováveis prejuízos quanto a inversão do momento do interrogatório para outras leis especiais (Código Penal Militar e Lei nº 8.038/1990). Conquanto, trataremos apenas os teóricos prejuízos provocados pela norma supradita no texto deste subtítulo. Com essa delimitação temática e orientação sobre o percurso a ser seguido, passaremos ao próximo passo, momento em que se analisará o motivo que originou a presente pesquisa: a possibilidade de violação as normas constitucionais devido a má aplicação pelo princípio da especialidade.

Certo é que neste corpo de pesquisa, por diversas vezes se assumiu a ocorrência das possibilidades acima recontadas, porém deve-se observar diretamente a problemática discutida e suas eventuais soluções, devido sua elevada importância.

2.4 O conflito dos princípios da especialidade, da ampla defesa e do contraditório

No decorrer do estudo, pode-se por muitas das vezes enxergar de forma relativa as consequências causadas pela inversão do interrogatório do acusado, promovida pela Lei Federal nº 11.343/2006. Além do mais, demonstrou-se que a pontuada inversão da ordem de audiência na lei de drogas está atrelada ao sistema processual inquisitório (que ignora o contraditório e ampla defesa) e aos resquícios de normas anteriores a Lei Superior vigente (a Lei Federal nº 11.343/2006 até o ano de 2008 estava em conformidade com a redação originária do Código de Processo Penal, promulgado quando vigia o Estado Novo).

A confusão processual decorre principalmente pela existência do princípio da especialidade, previsto no art. 1º, do CPP – Código de Processo Penal. Em síntese, respectivo

princípio determina que normas especiais devem preponderar sobre as gerais. Destaca-se as concernentes menções:

O art. 1º do CPP faz menção expressa apenas às ressalvas anteriormente trabalhadas. Todavia, face a existência de diversas leis especiais, editadas após a vigência do CPP (1º de janeiro de 1942), com previsão expressa de procedimento distinto, conclui-se que, por força do princípio da especialidade, a tais infrações será aplicável a respectiva legislação, aplicando-se o Código de Processo Penal apenas subsidiariamente³⁴.

E ainda,

[...] a lei especial abarca um âmbito de aplicação mais restrito, captando um menor número de condutas típicas e ilícitas. Pode, então, ser efetuada a comparação entre os tipos penais como dois círculos concêntricos de diferentes raios, sendo maior o geral e o menor, o especial, razão pela qual, quando o tipo especial não restar caracterizado pela ausência dos elementos especializantes que formam a sua peculiar estrutura abstrata, a conduta poderá ser subsumida no tipo genérico, de natureza residual³⁵.

Observa-se que a regra especial adiciona a regra geral um ou mais elementos complementares que interferem na aplicação da mesma, devendo preponderar sobre a segunda em casos que há conflitos entre as normas.³⁶ É necessário que em uma situação rotineira e normal, deve-se o respeito ao prezado princípio. Contudo, deve-se atentar que o mesmo deve se basear com veneração aos princípios processuais descritos na CRFB/ 1988, bem como as demais garantias constitucionais, ou seja, a ampla defesa e o contraditório.

A Lei de Drogas está inserida na legislação especial, assim sendo, a aplicação analógica da legislação comum em regra é reservada apenas nos casos em que a norma especial se omite. Saliente-se que como reiteradas vezes já citado, a atual lei em comento detalha sobre o momento do interrogatório do acusado. Tal detalhamento determina que o interrogatório do réu seja o primeiro ato da audiência e deste modo é contrário ao exposto pelo CPP – Código de Processo Penal nos artigos 400 e 531, que prevê que a inquirição das testemunhas ocorrerá antes do interrogatório do réu. Há autores que defendem que a contrariedade mantida pela Lei Federal nº 11.343/2006 e aplicação subsidiária do “*códex*” processual penal, como é o caso de Fernando Capez:

Importante notar que em alguns procedimentos especiais o interrogatório continua a constituir o primeiro ato da instrução (Leis n. 8.038/90 e 11.343/2006, por exemplo). Entretanto, em face do disposto no art. 394, § 5º, que prevê a aplicação subsidiária do procedimento ordinário ao rito especial (CPP, art. 394, § 5º), fatalmente haverá quem sustente que nos procedimentos especiais o interrogatório deverá também ser posterior à instrução probatória. No entanto, é importante

³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. pág. 142.

³⁵ MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010. pág. 117, apud PEREIRA, Ana Karolina Assis, 2012. pág. 31.

³⁶ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pág. 188.

considerar que as regras do procedimento ordinário somente terão incidência subsidiária [...] ³⁷.

Apontado texto acima causa uma certa estranheza, uma vez que sequer cogita a mencionar sobre as garantias constitucionais, ou seja, a ampla defesa e o contraditório. Concretamente, é sabido que há sim possibilidade de que normas encontrem suas exceções, o que poderia ser aplicada neste caso tão gritante de inconstitucionalidade e afronta a base principiológica. Nesta linha de raciocínio, é impositivo denotar que as normas especiais tratadas pela Lei de Drogas primeiramente para cumprimento de seus objetivos, devem ser filtradas conforme os princípios a elas diretamente e indiretamente ligados, pois garantem a cidadania e o cumprimento da vontade constitucional derradeira.

Desta maneira, deve-se inicialmente o legislativo observar se há inviolabilidade ou não de alguma garantia constitucional. Caso não seja no filtro legislativo, mencionado dever é estendido ao Poder Judiciário, conforme tratar-se-á futuramente. Com a contrariedade da atual Lei de Drogas a princípios dispostos na CFRB/1988, surge o questionamento sobre a inconstitucionalidade material, que resume em contrariedade de uma Lei ou ato normativo a Carta Magna. Neste interim, precioso é destacar a menção feita pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso:

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva, entre a lei ou ato normativo e a Constituição. [...] O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas³⁸.

Visto isso, percebe-se o caminho a ser tomado pelos controles de constitucionalidade. Contudo, percebe-se também a inércia de forma eficaz e ampla para utilização destes meios, uma vez que sequer há uma orientação firme a qual caminho se seguir. Discorreu assim neste tópico o que gera aplicação do princípio da especialidade quando se tem previsão legislativa equivocada sobre o assunto. Citada afronta como já narrado está no exercício do contraditório e a ampla defesa do acusado no momento de seu interrogatório judicial.

Mencionado entendimento é base a toda construção trazida até aqui, bem como a disposição clara do art. 5º, LV, da CRFB/1988, que assegura aos acusados em geral tanto em processos judiciais, como em processos administrativos a aplicação concreta das referidas garantias constitucionais. Ora, se até em processos administrativos, que poderão ser revistos pelo poder Judiciário, mediante provocação, utiliza-se do contraditório e ampla defesa³⁹, por qual razão nas ações ordinárias e especiais previstas na legislação processual penal os respectivos princípios devem ser mitigados?

³⁷ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pág. 487.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976163/cfi/6/34!/4/862/6/4@0:100>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

Destarte que, qualquer lei ou ato normativo que vede a utilização destas garantias deverão ser consideradas inconstitucionais. Para isso, impõe-se que nos processos penais é direito do acusado a se manifestar e ter conhecimento a todos elementos probatórios produzidos pela parte acusatória⁴⁰. Surge assim a ideia da autodefesa, que pode ser promovida pelo próprio acusado em seu interrogatório:

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa⁴¹.

Para tanto, o denunciado deve ter ciência do que lhe é imputado. Assim se considerarmos a regra da especialidade, se estará automaticamente promovendo a incapacitação do próprio denunciado em exercer a sua autodefesa. Além do mais, como o réu não tem o poder de formular indagações ou exigir a contradita das testemunhas a serem ouvidas posteriormente a seu interrogatório, ficará totalmente dependente do exercício feito pelo seu procurador, que será desenvolvida em próximo subtítulo. Surge assim, uma situação conflitante que sequer é considerada por muitos, ainda que inseridos no contexto judicial, pois de um lado, temos a pontuação da aplicação do princípio da máxima eficácia e efetividade da CRFB/1988, que implicam deveres de proteção do Estado e exercem uma função organizatória e procedimental⁴² e de outro a aplicação de forma especial na Lei de Drogas.

Imperioso destacar que ante a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, a narrativa da conciliação do rito especial tratado pela Lei de Drogas com a disposição geral do art. 400 do CPP – Código de Processo Penal é inicialmente o melhor caminho a ser considerado. Isto porque, não se busca o afastamento integral da legislação específica em todos os casos e sim, apenas naqueles que contrariem a CRFB/1988. Deste modo, cita-se como exemplo um caso que não contraria a Lei Superior, que é a apresentação da Defesa Prévia antes da citação do acusado na Lei de Drogas, conforme trata o seu artigo 55, considerando que na legislação processual geral, a citação antecede a Resposta à Acusação, nos termos do artigo 396, do CPP – Código de Processo Penal.

Contudo, a falta de um entendimento constitucional neste assunto remete a uma insegurança jurídica, especificamente no que diz a consequência de um cerceamento de defesa para um momento que pode alterar a sua vida. A insegurança jurídica ainda faz que haja uma variedade de entendimentos entre os próprios magistrados, que prejudica também as partes do processo penal, especialmente a defesa, pois se tem uma invisibilidade do procedimento a ser considerado. Deve-se destacar por fim que a conciliação dos

⁴⁰ MANTOANI, Célia Terezinha; DE DEUS, Cássia Lissani. *O exercício do contraditório e da ampla defesa no interrogatório do réu no procedimento da Lei nº 11.343/06*. Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc Videira, v. 1, 2016. pág. 9.

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2016. pág. 83.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Constituição, direitos fundamentais e processo penal: a discussão em torno da legitimidade jurídico-constitucional da realização do interrogatório do réu no início ou ao final da instrução. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 134, 2014. pág. 327-328.

procedimentos com a ocorrência do interrogatório ao final ressaltaria o dever de maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais, após ter sido analisado cada caso⁴³. Ou seja, a utilização de meios que garantem a maximização de direitos fundamentais com superação a regras legais deverá ser analisada concretamente e após demonstrarem condições para mesma, entre eles a não implicação a outro direito fundamental, poderão ser concebidas, produzindo ou resguardando os direitos preliminarmente tutelados.

Desta feita, “pode o interrogatório ser realizado ao final da instrução probatória em detrimento do disposto na legislação específica, sem que tal heterotopia comprometa o *telos* da audiência e sem que disso resulte compressão indevida de outros direitos e bens constitucionais”⁴⁴. Com base neste escopo, é totalmente viável a utilização do procedimento geral ao especial proposto pela Lei Federal nº 11.343/2006 no tocante ao interrogatório, pois primeiramente, a disposição legislativa poderá ser considerada inconstitucional, pois afronta a vários princípios e garantias constituintes.

Assim, percebe-se que ainda de forma indireta, aquele que é acusado poderá entender a situação jurisdicional que está inserida e com base nisto, promover a sua defesa com acessibilidade e respaldo a sua dignidade e presunção de inocência.

3 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL ACERCA DA PROBLEMÁTICA

Após um longo caminho e explanação temática sobre o presente tema, verificou-se que a alteração trazida pela Lei de Drogas atual impacta pontualmente a defesa técnica ou autodefesa do acusado, assim como o seu contraditório. Isto porque, conforme relatado, a mitigação impede que o denunciado conheça todos os elementos acusatórios antes de expor sua versão dos fatos.

Desta feita, verifica-se a importância temática elaborada através deste estudo e que sequer pode deixar de ser observada pelo posicionamento jurisprudencial. Tal fator ocorre ante a mutabilidade frequente das decisões proferidas em instâncias superiores, o que gera uma insegurança jurídica e dúvida aos magistrados sobre qual procedimento ser utilizado.

Sendo assim, neste presente capítulo se estudará decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal e as suas alterações, para evidenciar de modo concreto o exposto no parágrafo anterior.

Inicia-se pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, o mais complexo do país.⁴⁵ Inicialmente há de se verificar duas decisões que são totalmente conflitantes. A primeira segue o posicionamento firmado neste trabalho e determina a realização do interrogatório do acusado como último ato da audiência, anulando todo o procedimento a partir do interrogatório do réu. A segunda por sua vez, em que pese tenha sido julgada posteriormente

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang; NETO, Jayme Weingartner. Op., cit, pág. 335.

⁴⁴ *Ibid.*, pág. 335.

⁴⁵ SÃO PAULO (Estado). Portal do Governo. *Tribunal de Justiça inicia ano judiciário em 2017*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/tj-sp-inicia-ano-judiciario-de-2017/>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

a primeira decisão, mantém contrariamente a mesma e afirma que não há nulidade se o interrogatório for o primeiro ato. Aprecia-se:

Tráfico de entorpecentes e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito – Recurso defensivo – Pedidos preliminares de reconhecimento de nulidade da audiência de instrução e julgamento, por suposta ausência de fundamentação acerca da manutenção do uso de algemas pelo sentenciado e em razão do interrogatório do réu ter sido realizado antes da colheita das demais provas orais – Uso de algemas devidamente fundamentado – Instrução que se encerrou em 3.7.2017 – Concluiu-se, por meio do julgamento do HC 127.900 (Relator o Min. DIAS TOFFOLI, j. em 03.06.2016), que "a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento [3.8.2016], aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado" – Nulidade reconhecida. Recurso provido para anulação do presente feito, a partir do interrogatório do réu, com o retorno dos autos à origem para que sejam renovados os atos nela praticados a partir desse momento processual. (TJSP; Apelação Criminal 0000040-19.2017.8.26.0573; Relator (a): Otavio Rocha; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Botucatu - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 24/07/2019; Data de Registro: 02/08/2019)⁴⁶.

Tráfico. Arguição de nulidades por cerceamento de defesa. Interrogatório realizado nos moldes do artigo 57 da Lei nº 11.343/06. *Primeiro ato de instrução. Violação aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Inocorrência. Dispositivo não revogado pela Lei nº 11.719/08. Reafirmação da especialidade do rito. Alegação de ausência de defesa técnica. Vício não configurado. Inteligência da súmula nº 523 do STF. Preliminares rejeitadas. REVISÃO CRIMINAL. Tráfico e associação. Materialidade e autoria demonstradas. Prova oral e pericial. Condenação a 11 anos, 4 meses e 24 dias de reclusão, mais 1700 dias-multa, no piso, fixado o regime inicial fechado. Pretendida absolvição com fulcro no artigo 621, inciso I, do CPP. Inadmissibilidade. Decisão fundada em elementos concretos de convicção. Inocorrência de contrariedade à evidência dos autos. Penas e regimes confirmados. Privilégio não configurado. Tráfico praticado mediante associação com outros indivíduos. Evidência de dedicação a atividade criminosa. Hipótese que afasta a incidência do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inadmissibilidade. Multa. Inconstitucionalidade não configurada. Indeferimento. (TJSP; Revisão Criminal 0015571-84.2018.8.26.0000; Relator (a): Otávio de Almeida Toledo; Órgão Julgador: 8º Grupo de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Bonito - Vara Única; Data do Julgamento: 06/08/2019; Data de Registro: 07/08/2019).⁴⁷*

Em razão dessa flacidez de posicionamentos, o Magistrado vinculado a este Tribunal possuirá dúvidas sobre qual decisão seguir, podendo em determinadas ocasiões seguir a

⁴⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação Criminal nº 0000040-19.2017.8.26.0573, 7ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo/SP, 24 de julho de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12735422&cdForo=0>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Revisão Criminal nº 0015571-84.2018.8.26.0000, 8º Grupo de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo/SP, 6 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=12748083&cdForo=0>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

segunda, em razão desta ser tido utilizada desde a vigência da Lei de Drogas. É o que ocorre nas audiências de instrução e julgamento. Para isso, importante comentar duas situações, que efetivamente ocorreram no Estado de São Paulo, demonstrando assim a insegurança. Veja-se:

Conforme a ata de audiência do Processo nº 1500061-16.2019.8.26.0066, observa-se que o interrogatório do acusado foi realizado como último ato da instrução probatória. O mesmo não se verifica na situação da ata de audiência do Processo nº 0000373-85.2018.8.26.0459, que determinou o interrogatório como primeiro ato. São tais situações que ocasionam a respectiva insegurança. Como o Defensor e o réu poderão se preparar com tantas possibilidades a serem tomadas pelos Magistrados?

Neste aspecto, cita-se que o julgador via de regra mantém-se localizado em determinada localidade e ali toma decisões, que podem ser totalmente evitadas em outros locais. O advogado e o réu não mantêm o mencionado vínculo territorial e podem atuar e serem acusados, respectivamente, em diversas cidades, Estados e regiões do País.

Portanto, numa situação com suma importância como a apresentada é possível que haja tanta divergência assim? Para Rosito, o Direito em si deve buscar a diminuição das divergências jurisprudenciais. É o que se extrai desta passagem:

No entanto, embora a divergência jurisprudencial seja uma realidade inafastável, no que Kelsen tem plena razão, o Direito deve buscar minimizá-la assim como deve evitar que os entendimentos consolidados ao longo do tempo sejam repentinamente alterados, frustrando, em última análise, as expectativas dos indivíduos e da coletividade⁴⁸.

Entretanto, ainda que os casos concretos apresentados ocorram em primeira instância, necessário aduzir que pelo menos uma uniformização deveria ocorrer, evitando-se medidas imorais e com puro subjetivismo. Como dito, contrariamente ao primeiro caso, o segundo caso, demonstra uma situação em que o acusado foi ouvido em primeiro ato, como determina a regra específica e por isso teve mitigada a sua defesa.

Em que pese a primeira decisão apresentada faça menção clara a decisão proferida no HC nº 127.900, nota-se que a mesma deixa de ser utilizada no dia a dia forense (como demonstra a decisão posterior), o que ocasiona ao denunciado constantemente a injustiça e o cerceamento de sua defesa, que supracitadamente foi tratado.

Recentemente, por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça deliberou acerca do tema em algumas situações, da qual se analisará os: (i) REsp 1.825.622 e (ii) REsp 1.808.389, para definição do rito a ser adotado pela Lei nº 11.343/06 e que resultaram na decisão de afetação no tema 1027. A seguir, o tratado na anterior decisão manifestada, no REsp 1.825.622/SP, que é idêntico ao item de número dois neste parágrafo nominado. Vide decisão:

[...] LEI ANTITÓXICOS.RITO PROCESSUAL. (CPP, ART. 400 OU LEI N. 11.343/2006, ART. 57). MULTIPLICIDADE DE CASOS ASSEMELHADOS. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS.

⁴⁸ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012. pág.118.

DESNECESSIDADE. RECURSO ESPECIAL AFETADO. 1. O cerne da controvérsia cinge-se a saber se, nos crimes previstos na Lei n. 11.343/2006, deve ser aplicado o rito processual disposto no art. 400 do Código de Processo Penal, em homenagem aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ou o rito específico da legislação própria (art. 57 da Lei n. 11.343/2006), em razão do princípio da especialidade. 2. Diante da multiplicidade de casos semelhantes que são amiúde retratados pela mesma discussão suscitada nesta impugnação, julgados frequentemente por ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção, e da relevância jurídica da matéria, apresento este recurso especial, para apreciação desta Terceira Seção, a fim de que o seu julgamento seja submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos dos arts. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil e 256-I do RISTJ. 3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. 4. Recurso especial afetado. (ProAfR no REsp 1825622/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/09/2019, DJe 15/10/2019)⁴⁹

Até o dia 03 de agosto de 2016 o Supremo Tribunal Federal mantinha posição de que o acusado deveria ser interrogado em primeiro ato da audiência caso o procedimento especial a ele vinculado determinasse. É o que se extrai do HC 125094/MG:

[...] 1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual não é cabível habeas corpus contra decisão que indefere medida cautelar no bojo de idêntico remédio constitucional na instância inferior, ex vi do enunciado n. 691 da Súmula do STF: “[não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” 2. *A alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 não alcança os crimes descritos na Lei 11.343/2006, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo.* 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014. 4. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 125094 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-041 DIVULG 03-03-2015 PUBLIC 04-03-2015)⁵⁰.

Como acima dito, a própria corte alterou o seu posicionamento, consoante o HC nº 127.900/AM. Em decisão do Plenário da Corte, fixou a tese de que o interrogatório deve ser o último ato realizado na audiência de instrução e julgamento, após ser ouvida a

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1825622/SP da Terceira Seção*, Brasília, DF, 15/10/2019. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=TEMA+1027&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 28 fev. 2019. (itálico nosso).

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 125094/MG da Primeira Turma*, Brasília, DF, 10/02/2015. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000222838&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 ago. 2019. (itálico nosso).

Defensoria Pública da União, que lembrou o entendimento da respectiva Corte Suprema no julgamento da AP 528, que na ocasião reconheceu que o rito ordinário era mais benéfico à defesa⁵¹. Analisa-se a presente ementa do HC 127.900/AM abaixo:

[...] Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. *Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado.* 1. [...] 3. Nulidade do interrogatório dos pacientes como primeiro ato da instrução processual (CPPM, art. 302). 4. A Lei nº 11.719/08 adequou o sistema acusatório democrático, integrando-o de forma mais harmoniosa aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988, assegurando-se maior efetividade a seus princípios, notadamente, os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). 5. Por ser mais benéfica (lex mitior) e harmoniosa com a Constituição Federal, há de preponderar, no processo penal militar (Decreto-Lei nº 1.002/69), a regra do art. 400 do Código de Processo Penal. 6. De modo a não comprometer o princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, XXXVI) nos feitos já sentenciados, essa orientação deve ser aplicada somente aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso dos autos, já que há sentença condenatória proferida em desfavor dos pacientes desde 29/7/14. 7. Ordem denegada, com a fixação da seguinte orientação: a norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aplica-se, a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (HC 127900, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-161 DIVULG 02-08-2016 PUBLIC 03-08-2016)⁵². (itálico nosso)

Ainda que a presente decisão do Supremo Tribunal Federal tenha consolidado uma tese na qual constava divergência, verifica-se que na prática forense, como demonstrado anteriormente nos processos citados, ainda há determinação que o interrogatório do acusado seja o primeiro ato da audiência.

Tais situações, além de atingirem os princípios outrora citados e analisados, afeta diretamente a decisão proferida pelo Corte Máxima de Justiça Brasileira. Com isso, surge divergências em todo o território nacional, ficando a defesa do acusado em uma situação de sorte, visto que a depender do Magistrado, Câmara ou Turma, terá mitigado ou não o exercício

⁵¹ MAGALHÃES, ABBY ILHARCO. *Unificação do momento do interrogatório do réu no processo penal após a Lei n. 11. 719/08: Reflexão pós-positivista e análise criminológica sobre anos de contradição do Supremo Tribunal Federal e até que enfim uma mudança de rumos*. Rio de Janeiro. Escola de Magistratura do Estado de Rio Janeiro, 2016. pág. 30-31.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 127.900/AM do Tribunal Pleno*, Brasília, DF, 03/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000255849&base=baseAcordaos>. Acesso em: 11 ago. 2019.

de ampla defesa e contraditório, o que já anteriormente citado, gera a insegurança e embaraço jurídico, que de modo direto afetam a liberdade daquele que é acusado.

Sendo assim, o que se espera com os entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que comungam do mesmo entendimento, é que de modo unânime seja prevalecido o rito ordinário na questão construída neste presente trabalho, inutilizando a regra disposta no art. 57 da Lei Federal nº 11.343/2006, e aplicando-se o art. 400 do CPP, por este ter um caráter constitucional e democrático, que é essencial ao denunciado.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o apresentado, notou-se a suma importância do interrogatório do acusado, pois além de prova a ser constituída nos autos, é considerada meio de defesa do denunciado. Pela derradeira razão discutiu-se sobre os eventuais prejuízos causados ao acusado diante a previsão na Lei de Drogas, que regulamentou de forma contrária disposição expressa ao Código de Processo Penal.

Inicialmente, foi averiguado que evolução legislativa nem sempre foi benéfica ao denunciado, conforme foi demonstrado no escopo desta pesquisa. A atual Lei de Drogas de forma significativa causou um imbróglio processual, pois seguiu à risca o que determinava o CPP – Código de Processo Penal a época em que foi promulgada. Nesta esteira, dois anos após foram introduzidas novas normas que determinavam que o interrogatório do réu fosse o último ato da instrução. Ainda que na época houvesse a previsão legal no próprio CPP, não era viável que a atual Lei de Drogas baseasse a sua estrutura processual com base apenas nesta norma. Antes a isso, deveria orientar a norma hierárquica superior a si, ou seja, a CRFB/1988, pois ali encontraria respaldo e orientações a serem observadas e tomadas para a construção de regras processuais.

Sendo assim, percebe-se que o equívoco legislativo ao se orientar no então vigente Código de Processo Penal fez que o princípio da ampla defesa e contraditório fossem mitigados em razão de uma má utilização do princípio da especialidade. Se não fosse assim, o próprio STF – Supremo Tribunal Federal, não teria reconhecido na derradeira decisão que deveria utilizar a norma geral para os delitos pontuados na Lei de Drogas. O que não se pode negar é que, em que pese tenha sido determinado pela instância máxima de justiça a supracitada utilização do Código de Processo Penal, na prática forense diária ainda é possível encontrar magistrados que utilizam a forma legal descrita. Estas situações só geram uma insegurança jurídica que comprometem os mecanismos de defesa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014, pág. 34.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, pág. 149-182, 2018.

BOITEUX, Luciana. *A Nova Lei Antidrogas e o aumento da pena do delito de tráfico de entorpecentes*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 14, n. 167, pág. 1-6, 2006.

CAPEZ, Fernando, apud CASTILHO, Lauro Sodr  de Falcão. *A incompatibilidade do instrumento do interrogatório na lei de drogas com o código de processo penal*. Repositório Institucional Tiradentes. Aracaju: Unit, 2015. Trabalho de conclusão de curso, Faculdade de Direito, Universidade Tiradentes, 2015, pág. 11.

_____. *Curso de Direito Penal: Legisla o Penal Especial*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Curso de Processo Penal*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530976163/cfi/6/34!/4/862/6/4@0:100>>. Acesso em: 28 jul. 2019.

FREITAS, Jayme Walmer de. *Aspectos penal e processual penal da novíssima lei antitóxicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1209, 23 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9074>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Comentário ao artigo 5  , inciso LVII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; et. al. *Comentários   Constitui o do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Legisla o penal especial*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2015. pág. 249. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502219588/cfi/250!/4/4@0.00:53.9>>. Acesso em: 14 jul. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único 4*. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.



LINS, Emmanuela Vilar. *A nova Lei de Drogas e o usuário: a emergência de uma política pautada na prevenção, na redução de danos, na assistência e na reinserção social. Toxicomanias: incidências clínicas e socioantropológicas*, pág./s 243-267, 2009. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/qk/pdf/nery-9788523208820-16.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo. Saraiva, 2016.

MANTOANI, Célia Terezinha; DE DEUS, Cássia Lissani. *O exercício do contraditório e da ampla defesa no interrogatório do réu no procedimento da Lei nº 11.343/06*. Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc Videira, v. 1, 2016.

MASSON, Cleber Rogério. *Direito penal esquematizado: parte geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, pág. 117, apud PEREIRA, Ana Karolina Assis, 2012.

NORES, José I. Cafferata. *Manual de derecho procesal penal*. 3. ed. Córdoba, Advocatus, 2012, p. 202, apud MARCÃO, Renato. *Curso de processo penal*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229245/cfi/87!/4/4@0.00:22.8>>. Acesso em: 14. jul. 2019.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

QUEIROZ, Paulo. *Comentários à lei de drogas*. 2. ed. [S. l.]: Juspodivm, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/ff69af02652251017981410ba3fd300d.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2019.

ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais: Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

SÃO PAULO (Estado). Portal do Governo. *Tribunal de Justiça inicia ano judiciário em 2017*. São Paulo, 2017. Disponível em: <<http://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/tj-sp-inicia-ano-judiciario-de-2017/>>. Acesso em: 11 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. NETO, Jayme Weingartner. *Constituição, direitos fundamentais e processo penal: a discussão em torno da legitimidade jurídico-constitucional da realização do interrogatório do réu no início ou ao final da instrução*. Revista da AJURIS, v. 41, n. 134, 2014.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 11. ed. Salvador: Editora Podivm, 2016.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos de la Personalidad*. 1952, apud ANDRADE, André Gustavo Corrêa De. O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial. Revista da EMERJ, v. 6, n. 23, 2003.



DIREITO HUMANO AO TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIOLABORAL DE JOVENS NO BRASIL

HUMAN RIGHT TO WORK AND PUBLIC POLICIES FOR YOUTH SOCIAL INCLUSION IN BRAZIL

ELISABETE STRADIOTTO SIQUEIRA* | VALÉRIA RUEDA ELIAS SPERS** | LUCAS ANDRADE DE MORAIS***

RESUMO

A problemática que orienta o estudo questiona em que medida as políticas públicas de inserção dos jovens no mercado de trabalho conseguem reduzir as assimetrias sociais entre jovens de diferentes classes sociais. Para tanto, tem-se como objetivo analisar os limites e potencialidade dos programas Pronatec e o ProJovem Trabalhador como políticas públicas que facilitam ao jovem o direito humano ao trabalho. A pesquisa foi desenvolvida por meio de abordagem qualitativa. Quanto aos fins trata-se de uma pesquisa descritiva e quanto ao meio uma pesquisa documental. Os resultados indicam que as políticas públicas de trabalho voltadas para juventude têm capacitado essa parcela da população permitindo a inclusão sociolaboral, ao assegurar por meio dos cursos de capacitação para aquelas pessoas que estão em situação de desemprego, possibilitando, tais programas, a ampliação das possibilidades de emprego e renda. Por outro lado os dois programas, ao tomarem como foco o jovem de baixa renda corre o risco de reproduzir os parâmetros de desigualdade social, uma vez que limitam a formação desse jovem a processos profissionalizantes que nem sempre conduziriam a uma formação mais integral que lhes proporcionassem postos de trabalho mais complexos e de maior renda, de modo que tais políticas poderiam ser caracterizadas como “inclusão excludente”.

Palavras-chave: Direito Humano; trabalho; políticas públicas; jovens.

ABSTRACT

The problem that guides or studies questions about measures such as public policies for the inclusion of young people in the labor market, reduced as social asymmetries among young people from different social classes. To this end, it aims to analyze the limits and potentiality of the Pronatec and ProJovem Worker programs as public policies that facilitate the youth or human right to work. A research was developed through a qualitative approach. How much does a descriptive research cost and how much a documentary research environment? The results that youth-oriented public work policies have the ability to include social and environmental inclusion are allowed through training courses for people who are unemployed, allowing such programs to expand employment opportunities and income. On the other hand, both programs, when focusing on low-income young people, risk reproducing levels of social inequality, since they limit the formation of these young people to professional processes, which do not always practice a more form of training provide more complex and higher-income jobs, so these policies can be characterized as “exclusionary inclusion”.

Keywords: Human Right; work; public policy; young.

* Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Administração pela PUC-SP. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).
betebop@ufersa.edu.br

** Doutora em Ciências Sociais pela PUC-SP. Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Professora do Centro Universitário Atenas (UniAtenas).
vrueda@unimep.br

*** Doutorando em Letras pela Universidade do Estado do Rio Grande do Norte (UERN). Mestre em Ambiente, Tecnologia e Sociedade pela UFERSA. Professor da UERN.
adelcioramos@hotmail.com

Recebido em 12-4-2018 | Aprovado em 8-12-2019



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DIREITO HUMANO AO TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS: INCLUSÃO SOCIOLABORAL E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO DOS JOVENS NO BRASIL; 1.1 Direito humano ao trabalho; 1.2 Políticas Públicas; 2 POLÍTICAS DE INCLUSÃO SOCIOLABORAL: O PRONATEC E O PROJOVEM TRABALHADOR GARANTINDO CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO AOS JOVENS?; 2.1 Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC); 2.2 Programa Nacional de Inclusão de Jovens (PROJOVEM Trabalhador); 2.3 Potencialidades e limitações do PRONATEC e do PROJOVEM; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

No Brasil, são consideradas jovens as pessoas entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos¹. Todavia, Bourdieu² entende que juventude não se restringe somente a questão etária, ampliando o conceito a outras dimensões da vida social, devendo ser esse segmento compreendido sempre em constantes transformações, e dando importância aos aspectos pessoais, culturais, familiares, psíquicos, econômicos e políticos que envolvem a realidade que o jovem está inserido.

A população jovem vem crescendo no país e no último censo em 2010 contava com mais de 51 milhões³, sendo considerada a fase mais propícia a violência e a alto risco em saúde⁴. Durante anos esses grupos de pessoas não tinham sido contemplados com atenção, atividades e ações específicas necessárias pelos setores sociais e políticos. Porém, com o advento da Lei nº. 12.852, em 05 de agosto de 2013, foi instituído no Brasil o Estatuto da Juventude que dispõe sobre os direitos dos jovens, os princípios e diretrizes das políticas públicas desse segmento e o Sistema Nacional de Juventude (SINAJUVE) que tem como princípio fundamental o respeito aos direitos fundamentais dos jovens, visando efetivar a sua dignidade enquanto pessoa humana. Configura-se o referido estatuto como um importante instrumento jurídico de promoção e desenvolvimentos desses grupos sociais no âmbito federal, distrital, estadual e municipal.

A promulgação do Estatuto da Juventude tornou-se um importante instrumento no reforço às políticas públicas que já estavam sendo desenvolvidas, à formulação de novas políticas para esse segmento, bem como no reforço aos direitos fundamentais já previstos em lei, em especial o direito ao trabalho, com vista a atender às necessidades específicas dos jovens, respeitando as suas trajetórias e diversidades. No que tange ao direito humano ao trabalho e ao pleno emprego, o estatuto, estabelece o direito à profissionalização, ao trabalho e à renda, exercidos nos ditames do trabalho digno e decente.

¹ Lei nº. 12.852/13

² BOURDIEU, P. A “juventude” é apenas uma palavra. In: BOURDIEU, P. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

³ IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: http://mapasinterativos.ibge.gov.br/atlas_ge/brasil1por1.html. Acesso em: 12 fev. 2019.

⁴ CASTRO, J. A.; AQUINO, L. M. C.; ANDRADE, C. C. *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009.

Esse grupo populacional se constitui na força motriz do mercado de trabalho e da economia do país. Todavia, os jovens formam o grupo cuja exclusão do mercado de trabalho torna mais séria os problemas da precarização do/no trabalho, sujeitando-os ou ao desemprego ou ao trabalho informal⁵.

A crise do emprego e o desemprego entre jovens vêm atingindo grandes proporções, visto que a população jovem vem crescendo em um ritmo maior, entre 1997 e 2017, a população de jovens aumentou para mais de 139 milhões de pessoas, enquanto que o de empregos diminuiu em 35 milhões de pessoas⁶.

Segundo o estudo Tendências Mundiais do Emprego de Jovens 2017⁷, estima-se que em 2017 existiu por volta de 70,9 milhões de jovens desempregados no mundo. No Brasil, 23% da população é composta de jovens e destes 52,5% estão ocupados, sendo os jovens negros ou pardos e o gênero feminino os mais representados entre os desempregados e os principais afetados pela crise no mercado de trabalho.

A juventude tem apresentado grandes dificuldades para conseguir inserção no mercado, entre elas a redução de postos de trabalho, a automação, a informalidade, o baixo nível de escolaridade desse grupo, a exigência de experiências⁸ cujo reflexo de tais problemas é um aumento do número de jovens desempregados, principalmente no Brasil, necessitando da intervenção governamental na tentativa de solucionar tal problema.

La situación laboral de los jóvenes plantea un desafío político en esta región, porque sus deseos de trabajar y de construir una vida a partir de sus empleos, tropiezan con la realidad de un mercado laboral en el cual deben enfrentarse a un alto desempleo y a la informalidad. (...) La falta de oportunidades de trabajo decente causa desaliento y frustración en estas nuevas generaciones de trabajadores, lo cual contribuye a generar cuestionamientos a las instituciones que incluso repercuten sobre la gobernabilidad. Otros se recluyen en la inactividad, sin estudiar ni trabajar⁹.

Deste modo, com o propósito de atender às especificidades da juventude, e cabendo ao Estado a promoção do bem-estar social, foram implementadas políticas de promoção do trabalho, emprego e geração de renda para os jovens, que contribuem para inclusão sociolaboral desse público no Brasil, apresentadas em três tipos:

[...] A Primeira é preparar o jovem para fazer a transição, procurando facilitar sua contratação e oferecer-lhe melhores oportunidades de trabalho. A segunda é, ao contrário, prolongar sua escolarização, o que eventualmente redundará em desincentivar sua entrada no mercado de trabalho. Como se verá, no Brasil, já há políticas federais importantes que procuram combinar os dois enfoques. Um terceiro

⁵ ABRAMO, L. Trabalho decente e juventude no Brasil: a construção de uma agenda. In: IPEA. *Mercado de trabalho: conjuntura e análise*. v.18, n.55. Brasília: Ipea: MTE, 2013.

⁶ OIT. *Global employment trends for youth 2017: Paths to a better working future*. Geneva: ILO, 2017.

⁷ OIT. *Global employment trends for youth 2015: scaling up investments in decent jobs for youth*. Geneva: ILO, 2015.

⁸ BRASIL. *Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude*. Brasília: MTE, 2011.

⁹ OIT. *Trabajo Decente y Juventud en América Latina: políticas para la acción*. Lima: OIT / Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013. p. 9.

tipo de intervenção é aquele que visa regulamentar a participação dos jovens no mercado de trabalho e conciliá-la com a continuidade dos estudos.¹⁰

Diante da atual situação e crise do trabalho do jovem no Brasil¹¹, o Estado vem atuando de modo a colocar em prática algumas ações voltadas à inserção sociolaboral dos jovens, buscando reduzir as desigualdades existentes e as situações de exclusões. Uma das alternativas para solucionar tais situações é através de políticas públicas que tencionem proporcionar trabalho, emprego e geração de renda¹².

Assim, sabendo que a força de trabalho global juvenil irá aumentar entre 2017 e 2030 para cerca de 25,6 milhões de jovens que precisarão de empregos, foram incluídos nas metas da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável da ONU, no Objetivo 8, a promoção do pleno emprego e o trabalho decente para jovens, bem como a redução da proporção de jovens sem educação, formação ou empregos nos países signatários¹³.

O Estado como responsável por promover o desenvolvimento sustentável nacional e dos seus membros, com vistas a reduzir as situações de exclusão e desigualdade, estabelecendo, no que concerne à inclusão sociolaboral, políticas públicas que visem o desenvolvimento econômico e social, notadamente para população jovem, tem atuado por meio de duas políticas de grande amplitude, quais sejam: o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) e Programa Nacional de Inclusão de Jovens (PROJOVEM Trabalhador).

O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Lei nº 12.513/2011) objetiva expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos técnicos e profissionais de nível médio, de cursos de formação inicial e continuada para trabalhadores e intensificar o programa de expansão de escolas técnicas em todo o país. Já o Programa Nacional de Inclusão de Jovens (ProJovem), dividido em quatro modalidades (adolescente, campo, urbano e trabalhador) tem no programa “ProJovem Trabalhador” a configuração de uma política pública de inserção laboral, orientado para inclusão de jovens no mundo do trabalho e apresentado como alternativa a inserção no mundo do trabalho de milhões de jovens no país.

Assim a problemática que orienta este estudo questiona em que medida as políticas públicas de inserção dos jovens no mercado de trabalho conseguem reduzir as assimetrias sociais entre jovens de diferentes classes sociais.

Para tanto, tem-se como objetivo analisar os limites e potencialidade dos programas Pronatec e o ProJovem Trabalhador como políticas públicas que facilitam ao jovem o direito humano ao trabalho.

¹⁰ GONZALEZ, R.. Políticas de Emprego para Jovens: entrar no mercado de trabalho é a saída?. In: CASTRO, Jorge Abrahão de. et. al.(org.). *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009. p. 120.

¹¹ OIT. *A crise do emprego jovem: Tempo de agir* (Relatório V). Conferência Internacional do Trabalho, 101ª Sessão, Geneva, 2012.

¹² GIMENEZ, D. M. Políticas de inserção dos jovens no mercado de trabalho: uma reflexão sobre políticas públicas e experiência brasileira recente. Encontro Nacional de Estudos do Trabalho, VII, Salvador, 24 a 26 out. 2001. *Anais VII Encontro Nacional de Estudos do Trabalho*. Salvador, 2001.

¹³ *Agenda 2030*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods8/>. Acesso em: 13 fev. 2019.

Trata-se de um estudo de abordagem qualitativa. Quanto aos fins trata-se de uma pesquisa descritiva e quanto ao meio uma pesquisa documental. A fonte principal de dados foram as políticas PRONATEC e PROJOVEM e sua análise utilizou a abordagem interpretativa.

1 DIREITO HUMANO AO TRABALHO E POLÍTICAS PÚBLICAS: INCLUSÃO SOCIOLABORAL E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO DOS JOVENS NO BRASIL

1.1 Direito humano ao trabalho

Durante séculos o homem busca o reconhecimento da sua liberdade e dignidade, lutando para a efetivação dos seus direitos mínimos. Em meados do século XVIII surgiram os primeiros movimentos de constitucionalização dos direitos fundamentais, com destaque especial para Revolução Francesa que culminou com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), porém é somente após a Segunda Guerra Mundial que ocorreu a positivação do que se convencionou chamar Direitos Humanos¹⁴, cujo documento responsável pelo delineamento desses direitos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, da Organização das Nações Unidas (ONU).

Os direitos humanos se constituem sob a forma de gerações (ou dimensões), deve-se o seu reconhecimento no decorrer do tempo às necessidades do homem, apresentadas nas três esferas básicas de proteção dos direitos humanos¹⁵: a primeira geração (*Liberté*) diz respeito aos direitos individuais, tais como à liberdade, à vida, à propriedade, à manifestação do pensamento e da expressão religiosa, dentre outros. Os direitos da segunda geração (*Egalité*) são os chamados de direitos sociais, econômicos e culturais, tais como o direito à saúde, ao trabalho, à educação, ao lazer, o direito de greve, dentre outros direitos que exigem uma atuação estatal para o seu exercício. E quanto aos de terceira geração (*Fraternité*) chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade¹⁶, estão focados na proteção da coletividade, e se preocupam com os direitos mais amplos e abrangentes como o meio ambiente, a conservação do patrimônio histórico e cultural, à paz, à comunicação, e aos demais referente a todos os indivíduos das presentes e futuras gerações¹⁷.

O direito humano ao trabalho está presente na segunda geração, apresentando-se como responsável pela produção de riquezas essenciais ao desenvolvimento socioeconômico dos trabalhadores e do capital.

O mundo do trabalho reflete as configurações do capital, desde a Revolução Industrial que configurou os primeiros contornos da relação trabalho-capital, até a revolução microeletrônica, que vem reduzindo a demanda de trabalho humano relacionado a atividades

¹⁴ Nesse texto, as expressões direitos humanos e direitos fundamentais são utilizadas indistintamente. Embora as duas em sua essência abarquem o mesmo significado, alguns autores as diferenciam afirmando que os direitos humanos constituem atributos reconhecidos por documentos internacionais, enquanto que os direitos fundamentais são fruto do reconhecimento e da positivação desses direitos no ordenamento constitucional cada Estado.

¹⁵ Alguns autores apontam a existência de mais outras dimensões, porém não são reconhecidas pela doutrina majoritária.

¹⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

¹⁷ TRINDADE, J. D. L.. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

mecanizadas, produzindo processos econômicos de concentração de riqueza gerando exclusão e desemprego¹⁸. Diante desse contexto os mais atingidos são as populações jovens, constituídas pelas pessoas de 15 a 29 anos. No Brasil, eles representam um quarto do total da população, equivalendo cerca de 51,3 milhões¹⁹, e tem vivenciado o problema do desemprego.

Deste modo, é incumbido ao Estado o poder e o dever de promover políticas que tenham como fundamento construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais buscando promover o bem de todos como parte do projeto constitucional delineado nos objetivos da república (art. 3º) estabelecidos em sua Constituição Federal de 1988 (CF/88) que prevê o trabalho como direito social fundamental inserido no rol do art. 6º, bem como elenca outros direitos dos trabalhadores (art. 7º ss., CF/88), ainda prevê a valorização social do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV, da CF/88) e a busca pelo pleno emprego (art. 170, III, da CF/88) como corolários de uma República comprometida com o desenvolvimento.

1.2 Políticas Públicas

O Estado Social (ou Estado-providência) possui um papel importante na vida dos cidadãos, devendo garantir os direitos dos seus governados por meio das políticas públicas. Essas constituem-se em iniciativas governamentais pelas quais o Estado deve buscar atender às necessidades sociais e garantir o exercício da cidadania, baseado nos princípios da justiça social, dignidade humana e solidariedade.

[...] é absolutamente necessário defender o princípio da solidariedade como base do Estado-Providência, face mais próxima do Estado de Bem Estar Social, que deve ser instaurado; no qual a maior preocupação é o bem estar de todas as pessoas e a promoção da dignidade humana enquanto valor indispensável ao desenvolvimento social e econômico da pessoa humana.²⁰

Para se entender o que seriam políticas públicas é necessário compreender antes de tudo as noções de sociedade, política, Estado e governo. Por sociedade, compreende-se a ordem em que se processam as interações entre indivíduos (e/ou grupos), a qual é regida pelas regras e as instituições ao estabelecer papéis nos comportamentos dos indivíduos. A sociedade é formada por diversas instituições sociais que estão em disputa pelo controle dos recursos sociais necessários para a harmonia e representação dessas sociedades²¹. Nesse ínterim, a política se constitui como uma ordem específica de interações e relações da

¹⁸ ANTUNES, Ricardo. *Adeus ao trabalho?* Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 1995.

¹⁹ SNJ. *Boletim juventude informa*. Secretaria Nacional da Juventude e Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. – Ano 1, n. 2, 2014.

²⁰ ARAÚJO, J. M. de. Desenvolvimento sociolaboral: programas de geração de renda como meio de combate à pobreza e promoção do desenvolvimento. In: CECATTO, M. Á. B.; MISAILIDIS, M. L.; LEAL, M. C. H.; MEZZAROLA, O. (Org.). *Cidadania, direitos sociais e políticas públicas*. São Paulo: Conceito, 2011. p. 245.

²¹ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Temas básicos da sociologia*. São Paulo: Cultrix/USP, 1973.

sociedade em que se autuam os conflitos atinentes à apropriação e ao controle dos recursos sociais relevantes, notadamente o poder (social e político).

Por sua vez o Estado, criação artificial do homem, é uma sociedade política composta fundamentalmente de grupos de indivíduos unidos e organizados, determinado por normas de direito positivo, hierarquizada na forma de governantes e governados com o propósito da realização de um objetivo e finalidade comum: o bem público. Já governo é compreendido como a direção que é dada ao Estado pelos grupos que assumem o poder nascido de uma vontade social, cuja destinação se volta à concretização do bem comum²².

Assim, nos sistemas democráticos atuais, a sociedade se organiza politicamente através do voto e escolhe quem irá representá-la nas discussões e decisões políticas (*politics*) viabilizando a tomada de decisões pelos atores sociais. De acordo com as regras do sistema político, nos desdobramentos dessas discussões, surgem as políticas públicas (*policy*). Desta maneira, é importante esclarecer o significado do termo em português política que pode assumir diferentes conotações, cujas diferenciações quanto ao estudo das políticas públicas se fazem necessárias; assim utilizam-se os termos em inglês *politics* e *policy*²³ “[...] o primeiro [termo] se refere à atividade política em sentido amplo, o segundo conota os programas governamentais”²⁴, desde modo, o termo política pública se vincula ao segundo sentido.

A conceituação de política pública constitui uma tarefa complexa devido ao seu grau de subjetividade. Para Bucci as políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos relevantes e politicamente determinados”²⁵. Logo a noção de política pública está ligada às ações ou coordenações estatais que se propõem a atender, solucionar ou modificar relações e questões de ordem social e política. De acordo com Secchi²⁶, as políticas públicas versam sobre o conteúdo concreto e o simbólico das decisões políticas bem como do processo de construção e atuação dessas decisões. Desse modo,

[...] uma política pública possui dois elementos fundamentais: intencionalidade pública e resposta a um problema público; em outras palavras, a razão para o estabelecimento de uma política pública é o tratamento ou a resolução de um problema entendido como coletivamente relevante²⁷.

Nessa perspectiva, a política pública poderia ser entendida como uma diretriz elaborada pelo governo para o enfrentamento de um determinado problema público, um produto de decisões políticas e de uma ou várias demandas sociais que se fazem presentes nas agendas governamentais, assim sendo:

²² AZAMBUJA, D.. *Introdução a Ciência Política*. 15. Ed. São Paulo: Globo, 2003.

²³ SECCHI, L. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

²⁴ BUCCI, M. P. D. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 11.

²⁵ *Id.* O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

²⁶ SECCHI. *Op. Cit.*

²⁷ SECCHI. *Op. Cit.* p. 10.

As políticas públicas (policies), por sua vez, são outputs [saídas], resultantes das atividades política (*politics*): compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. Nesse sentido é necessário distinguir entre política pública e decisão política. Uma política pública geralmente envolve mais do que uma decisão e requer diversas ações estrategicamente selecionadas para implementar as decisões tomadas. Já uma decisão política corresponde a uma escolha dentre um leque de alternativas, conforme a hierarquia das preferências dos atores envolvidos, expressando (...) – em maior ou menor grau - uma certa adequação entre os fins pretendidos e os meios disponíveis.²⁸

Nessa monta, as demandas sociais proporcionam as discussões entre os poderes estatais e os diversos atores envolvidos com vista a buscar uma resolutibilidade dessas demandas, ensejando no surgimento de políticas públicas, que tem como escopo além da superação da problemática, consolidar os direitos sociais básicos e, acima de tudo, ampliar e garantir o exercício da cidadania²⁹.

2 POLÍTICAS DE INCLUSÃO SOCIOLABORAL: O PRONATEC E O PROJovem TRABALHADOR GARANTINDO CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO AOS JOVENS?

No âmbito do mundo do sociolaboral, a precarização e o desemprego são os principais problemas que acometem acentuadamente a população jovem. Com vista à tentativa de modificar essa realidade, o Estado baseando-se na sua ampla participação, suporte ao desenvolvimento econômico e social e responsável pelo primado do “Bem-Estar Social”, vem criando políticas e programas que tem por escopo a inclusão sociolaboral e o ingresso dos jovens no mercado de trabalho, em especial daqueles que se encontram em condições de pobreza ou vulnerabilidade social.

O eixo articulador da atual política pública de juventude é norteado por duas noções fundamentais: oportunidades e direitos. As ações e programas visam oferecer oportunidades e garantir direitos aos jovens brasileiros. Nessa visão, considera-se necessária a oferta de meios para aquisição de capacidades (acesso à educação e à qualificação profissional) e para sua utilização (acesso ao trabalho decente e ao crédito). Também é fundamental a garantia de direitos, em especial pela oferta de serviços que atendam às diferentes necessidades dos jovens de ambos os sexos.³⁰

Desta forma, o Estado contribui na promoção da igualdade social, por meio de políticas públicas e programas voltados para juventude que “[...] vão desde aquelas que elevam a escolaridade e a qualificação dos jovens, àquelas que favorecem direta e indiretamente a sua

²⁸ RUA, M. G. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, M. G; CARVALHO, M. I. V. (org.). *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998. p. 1-2.

²⁹ “[...] cidadania é a capacidade conquistada por alguns indivíduos, ou (no caso de uma democracia efetiva) por todos os indivíduos, de se apropriarem dos bens socialmente criados, de atualizarem todas as potencialidades de realização humana abertas pela vida social em cada contexto historicamente determinado (COUTINHO, 2005, p. 2).

³⁰ COSTANZI, R. N. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009. p. 72.

inclusão no mercado de trabalho”³¹, cuja finalidade é à atenção das necessidades e diversidades, oferta de condições de acesso ao exercício da cidadania, entrada no mercado de trabalho e conseqüentemente o enfrentamento das situações de exclusões sociais e do trabalho vivenciado pela juventude.

Nesse contexto, sobre a implementação de políticas públicas em relação ao direito ao trabalho e ao emprego, como instrumento de promoção e efetivação dos direitos econômicos e sociais, especialmente para a inclusão sociolaboral da juventude brasileira, destacam-se duas políticas de grande amplitude no país: o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) e Programa Nacional de Inclusão de Jovens (PROJOVEM Trabalhador).

2.1 Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC)

O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) foi instituído pela Lei nº 12.513/2011 e faz parte do Plano Brasil Sem Miséria (BSM), e tem o objetivo de expandir, interiorizar e democratizar a oferta de cursos técnicos e profissionais de nível médio, de cursos de formação inicial e continuada para trabalhadores e intensificar o programa de expansão de escolas técnicas em todo o país³². Deste modo, o programa propõe a ampliação e capacitação, por meio da educação profissional e tecnológica, com a finalidade de promover a inserção sociolaboral dos jovens trabalhadores por meio desses cursos, gerando oportunidades para o desenvolvimento desses trabalhadores (reais e potenciais).

O PRONATEC atende um público diverso, sendo que são priorizados os estudantes do ensino médio da rede pública, inclusive da educação de jovens e adultos, os trabalhadores, incluindo os agricultores, beneficiários dos programas federais de transferência de renda como o Programa Bolsa Família, estudantes que tenham cursado o ensino médio completo em escola da rede pública ou em instituições privadas na condição de bolsista integral, além de minorias como pessoas com deficiência, povos indígenas, comunidades quilombolas e adolescentes e jovens em cumprimento de medidas socioeducativas.

As ações do Programa, conforme estabelecem os incisos do art. 4º da lei que o instituiu, são focadas na ampliação de vagas e expansão da rede federal de educação profissional e tecnológica com o fomento à ampliação de vagas e à expansão das redes estaduais de educação profissional, o incentivo à ampliação de vagas e à expansão da rede física de atendimento dos serviços nacionais de aprendizagem, a oferta de bolsa-formação, o financiamento da educação profissional e tecnológica, o fomento à expansão da oferta de educação profissional técnica de nível médio na modalidade de educação a distância, o apoio técnico voltado à execução das ações desenvolvidas no âmbito do Programa, o estímulo à expansão de oferta de vagas para as pessoas com deficiência, inclusive com a articulação dos Institutos Públicos Federais, Estaduais e Municipais de Educação e a articulação juntamente com o Sistema Nacional de Emprego (SINE), deste modo:

³¹ *Ibid.*, p. 73.

³² BRASIL. MEC. PRONATEC. Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011. Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC). Disponível em: <http://pronatecportal.mec.gov.br/arquivos/lei_12513.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2019.

[...] políticas cujo enfoque estava na preparação para o mercado de trabalho, centradas em cursos de qualificação profissional, e no incentivo à contratação de jovens. No tocante as primeiras, o objetivo é elevar as habilidades produtivas dos trabalhadores mais jovens. Além de oferecer a oportunidade de aprender as técnicas necessárias a determinado tipo de emprego, os cursos de formação profissional também realizam certa socialização do jovem no mundo do trabalho; por exemplo, eles são com frequência a instância em que os jovens têm contato com as primeiras noções de direitos e deveres em uma relação de trabalho. O próprio fato de ter concluído um curso de formação profissional – para além dos conhecimentos efetivamente incorporados – pode ser visto pelos empregadores como um sinal positivo, denotando ‘esforço’, ‘responsabilidade’ etc. Em suma, há razões para crer que a oferta de oportunidades de formação profissional pode, sob certas condições, facilitar a entrada do jovem no mercado de trabalho, ao minimizar alguns aspectos que o desfavorecem frente aos demais trabalhadores³³.

Nestes termos, verifica-se que o PRONATEC atua na inclusão social e laboral pela capacitação profissional, através do ensino técnico, a qual a educação se torna grande aliada na inclusão para o trabalho. Uma vez inseridos no mercado de trabalho aqueles que foram formados pelo PRONATEC passam a ter condições de se desenvolver tanto socialmente como profissionalmente, pois à medida que o cidadão se insere no mercado de trabalho adquire experiência que lhe possibilitará acesso a postos melhores.

2.2 Programa Nacional de Inclusão de Jovens (PROJOVEM Trabalhador)

Outra política de inserção sociolaboral é o “ProJovem”, programa que tem como desígnio a formação profissional de jovens de baixa renda, em decorrência da necessidade de inserção socioeconômica desta parcela da população no mercado de trabalho. O programa foi criado em 2005, e no ano de 2008 passou por uma reestruturação, que fez surgir a Lei nº 11.692/08, a partir da qual o referido programa passou a se denominar de “ProJovem integrado”, tendo suas ações divididas em quatro modalidades: adolescente, urbano, campo e trabalhador (BRASIL, Lei 11.692/08), nessa última se encontram as ações direcionadas para a inserção sociolaboral.

O “ProJovem trabalhador”³⁴, avaliado como inovador pela OIT “por combinar qualificação social e profissional com trabalho comunitário e encaminhamento para o mercado de trabalho, até mesmo com alternativas de geração de trabalho e renda”³⁵, constitui-se em um programa de caráter compensatório, desenvolvido em parceria com os estados, municípios e a sociedade civil, visando preparar e intermediar mão-de-obra para o mercado de trabalho formal, fomentar novas oportunidades de geração de renda e a visão

³³ GONZALEZ, R.. Políticas de Emprego para Jovens: entrar no mercado de trabalho é a saída?. In: CASTRO, J. A. et. al.(org.). *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009. p. 121.

³⁴O Projovem Trabalhador unificou as ações: Consórcio Social da Juventude, Empreendedorismo Juvenil, Juventude Cidadã e Escola de Fábrica.

³⁵ OIT. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009. p. 24.

empreendedora dos jovens, de 18 a 29 anos, provenientes de famílias de baixa renda, que estejam cursando ou tenham finalizado o ensino fundamental ou médio.³⁶

Quanto ao número de jovens cadastrados no ProJovem Trabalhador, entre os anos de 2008-2010, tem-se o seguinte: 484.482 (quatrocentos e oitenta e quatro mil quatrocentos e oitenta e dois) jovens, deste, 146.097 eram homens e 338.385 eram mulheres. Quanto a distribuição por faixa etária, 6,3% eram de 18 a 24 anos, 31,0% era de 25 a 29 anos, e 5,9% era de outras idades. Observando o número de jovens cadastrados por região, o Nordeste possuía a maior quantidade com 184.302, o Sudeste com 151.701, o Sul com 58.352, o Centro-oeste com 47.094 e o Norte com 43.033.³⁷

Os cursos funcionam em formas de arcos, que consistem em áreas de atuação profissional. Os participantes do “ProJovem trabalhador” recebem uma bolsa auxílio de R\$ 100,00, mediante a frequência a cursos de qualificação social e profissional (MTE, 2009). Deste modo, tal política tem como fundamento a formação educacional e profissional de jovens de baixa renda e a necessidade de inserção socioeconômica desta parcela da população no mercado de trabalho.

O resgate educacional é uma necessidade emergencial frente ao grande contingente de jovens de baixa renda que necessitam de oportunidades de elevação da escolaridade e de formação profissional de qualidade, para ampliar suas chances de uma inserção mais favorável no mundo do trabalho. Daí a importância de uma política que lhes ofereça condições de recuperar a possibilidade de continuar os estudos e, conseqüentemente, de abrir novos espaços para sua inclusão no mundo do trabalho. Cabe destacar que a combinação de elevação de escolaridade com qualificação profissional e ação comunitária, proposta pelo ProJovem, consiste em um dos aspectos inovadores do Programa.³⁸

Logo, ressalta-se a relevância do “ProJovem Trabalhador” como política pública de qualificação social e profissional constituída como instrumento de inclusão socioeconômica de trabalhadores jovens, priorizando as pessoas de baixa renda e aquelas discriminadas no mercado de trabalho por questões de gênero, raça/etnia, faixa etária e/ou grau de escolaridade, de modo a garantir a promoção da cidadania, o respeito à sua dignidade enquanto pessoa humana e o seu desenvolvimento econômico e social.

Com base nesse primado, o programa “ProJovem Trabalhador” está beneficiando a juventude brasileira ao intermediar o acesso desses ao mundo do trabalho, por meio da qualificação profissional e social, e diante dessa ação promover a inclusão do jovem no mercado de trabalho e a mudança no cenário social do trabalho, na qual o Estado deve participar de forma decisiva, com a garantia do desenvolvimento socioeconômico e da cidadania³⁹.

³⁶ MINISTÉRIO DE TRABALHO E EMPREGO (MTE). Secretaria de Políticas Públicas de Emprego. *Plano de Implantação 2009/2010*. Projovem-Trabalhador. Campos dos Goytacazes, 2009.

³⁷ DIEESE. *Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2010/2011: juventude*. 3. ed. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2011.

³⁸ COSTANZI, R. N. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009. p. 84-85.

³⁹ Ao dar condição de gozar dos direitos sociais, assim como de possibilitar-lhe o acesso a uma renda que o assegure a possibilidade de desfrutar de uma vida plena, nos ditames da justiça social (Marshall, 1967).

2.3 Potencialidades e limitações do PRONATEC e do PROJovem

A OIT sugere que as políticas públicas para produzir eficácia, eficiência e efetividade devem pautar-se na integração e articulação no âmbito intra e intergovernamental, em todos os níveis de governo (municipal, estadual e federal), estabelecendo um diálogo social entre a entidade governamental, empregadores e trabalhadores, com as demais entidades sociais; e deve haver uma integração das políticas públicas que versem sobre a geração de trabalho, emprego e renda com políticas sociais e econômicas⁴⁰.

A promoção do emprego de qualidade para os jovens deve ser um dos elementos centrais de uma estratégia geral de promoção do trabalho decente no Brasil. Ela deve conciliar ações do lado da oferta e da demanda do mercado de trabalho, evitando se apoiar exclusivamente na oferta, em especial na questão da escolaridade e qualificação dos jovens; por outro lado, ela tampouco pode estar baseada apenas na demanda, em especial na visão de que o crescimento econômico sustentado pode resolver todos os problemas de inserção laboral da juventude. Ademais, é fundamental conciliar o crescimento econômico, promotor do trabalho decente, com políticas micro e meso-econômicas, e com políticas sociais e de mercado de trabalho para a geração de emprego de qualidade⁴¹.

Nesse sentido, os programas “ProJovem Trabalhador” e PRONATEC ao promover cursos de capacitação para jovens que estão em situação de desemprego permitem a ampliação das possibilidades de emprego e renda. Nesse sentido, Araújo pontua que o “[...] conhecimento aliado ao crescimento, operacionalizado através do trabalho gera o desenvolvimento, o que pode ser demonstrado da seguinte maneira: o crescimento gera oportunidade de trabalho que o pobre deve ter capacidade de apropriar pela educação de qualidade”⁴², o que numa perspectiva mais geral já era antecipado por Marshall quando afirmava que “[...] a educação é um pré-requisito necessário da liberdade civil”⁴³.

Além da formação educacional, é importante observar que o elo entre as duas políticas públicas reside também na preocupação com a inserção sociolaboral dos jovens, de tal modo, que as ações do Pronatec e do Projovem trabalhador têm como finalidade primordial a inclusão e fomento à qualificação profissional considerando-se esta como um forte mecanismo de minimização das desigualdades sociais, em que o mínimo ofertado pelo Estado permite que aqueles que estão em situação de extrema pobreza possam ascender ao primeiro degrau da escada do desenvolvimento⁴⁴.

Logo, analisando isoladamente, é possível afirmar que por meio das políticas públicas de trabalho, emprego e geração de renda voltadas a juventude, o Estado pode reduzir as

⁴⁰ COSTANZI, R. N. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009.

⁴¹ *Ibid.*, p. 146.

⁴² ARAÚJO, J. M. Desenvolvimento sociolaboral: programas de geração de renda como meio de combate à pobreza e promoção do desenvolvimento. In: CECATTO, M. Á. B.; MISAILIDIS, M. L.; LEAL, M. C. H.; MEZZAROLA, O. (Org.). *Cidadania, direitos sociais e políticas públicas*. São Paulo: Conceito, 2011.

⁴³ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967. p. 73.

⁴⁴ SACHS, J. D. *O fim da pobreza*. Editora Companhia das Letras, 2005.

desigualdades ao facilitar a entrada desse segmento no mercado de trabalho. Essas ações vêm configurando um instrumento de integração de grande contingente populacional, isto porque em quase todos os municípios do Brasil se apresentam, pelo menos uma dessas políticas.

Paradoxalmente a essa análise otimista dessas políticas é necessário se fazer algumas ressalvas, posto a complexidade da inserção das políticas públicas sociolaborais frente ao desorganizado mercado de trabalho nacional. Primeiro porque as condições do desenvolvimento do modelo econômico brasileiro e também dos países latino-americanos estiveram centrados nas situações de dominação centro-periférica, em que os países periféricos (ou agrícolas/subdesenvolvido/em desenvolvimento) detinham uma relação de dependência com os países do centro (ou industrializados/desenvolvido), resultando no agravamento da heterogeneidade estrutural e na industrialização tardia brasileira⁴⁵, todo esse cenário vai refletir no modelo excludente de organização do país.

Ainda que o mercado de trabalho tenha avançado entre os períodos de 2001 e 2013⁴⁶, com a diminuição da informalidade para jovens e adultos⁴⁷ esse grupo enfrenta grandes problemas que os impedem ou obstaculizam sua entrada e atuação no mercado, o primeiro é a qualificação educacional e profissional desejada para ocupação dos posto de trabalho, que acometem principalmente nos jovens em situação de pobreza e extrema pobreza.

Outro problema reside nas assimetrias nas ocupações das vagas do mercado de trabalho, em que temos os jovens de classe média assumindo os melhores postos, empregos e renda oferecidos, e do outro lado, tem-se outra parcela massiva de jovens que não tem as mínimas condições para competir ou ocupar esses espaços, lhes restando empregos operacionais, subempregos e baixos salários⁴⁸.

Nessa dualidade da inserção dos jovens no mercado de trabalho, enquanto que o primeiro grupo composto pelos jovens de classe média, geralmente entram no mercado de trabalho mais tardiamente, com formação de educacional específica, de caráter científico-tecnológico e sócio-histórico, lhes proporcionam oportunidade de assumirem trabalhos intelectuais de chefias e estratégicos, que lhes proporcionam a garantia efetiva do direito humano ao trabalho, ao inserir uma parcela de jovens que nunca tiveram privações de liberdades substanciais, atingindo o ideário da completude de sua cidadania e de seu desenvolvimento socioeconômico⁴⁹.

⁴⁵ CORREA, Eugenia; PALAZUELOS, Antonio; DÉNIZ, José. América Latina y desarrollo económico. *Estructura, inserción externa y sociedad*. Ediciones Akal, 2009.

⁴⁶ SANTOS, A. L.; GIMENEZ, D. M. Inserção dos jovens no mercado de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 85, p. 153-168, Dec. 2015.

⁴⁷ De acordo como relatório do IPEA “No caso dos adultos, a redução foi de 24,4%, caindo de 47,9% para 36,2%, no período. Nota-se, ainda, que há mais de um terço da população adulta ocupada na informalidade. Para os jovens, em geral (de 15 a 29 anos) a queda foi mais acentuada, 30,8%, fazendo as taxas entre jovens e adultos convergirem. A diferença, que era, em 2001, de mais de 7 pontos percentuais encontra-se em menos de 2 pontos, em 2013.” (OIT. *Juventude e trabalho informal no Brasil*. OIT Escritório no Brasil; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: OIT, 2015, p. 08).

⁴⁸ BARTELT, D. D. (org.). *A Nova Classe Média no Brasil como Conceito e. Projeto Político*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung, 2013.

⁴⁹ CORREIA, B. R. B.; BALTAZAR, C. C.; HOLANDA, S. A. *Evolução histórica da organização do trabalho e sua influência sobre o emprego dos jovens no Brasil*. XXVI ENEGEP, Fortaleza: 2006.

No segundo, tem-se uma inclusão à margem promovida pelas duas políticas públicas, uma vez que apesar de surgir como oportunidade de melhor inserção dos jovens no mercado, ambas políticas tem o condão de formação e qualificação profissional-técnica de mão de obra para um público e um mercado de trabalho muito específico, em que o desenvolvimento socioeconômico e a cidadania plena são comprometidos e limitadas, posto que, o público alvo das políticas essencialmente compreendem os grupos de jovens em situação de pobreza e exclusão social.

Nesse liame, o Estado tem buscado inserir a todo custo os jovens em situação de pobreza no mercado de trabalho, para isso tem adotado uma estratégia em que o conhecimento é disponibilizado/negado conforme as desigualdades apresentadas na estrutura social, tendo como preocupação única o melhoramento das estatísticas educacional e laboral em termos quantitativos, que apesar de favorecer a democratização das oportunidades, em contraponto ocorre o que Kuenzer classifica como “inclusão excludente”⁵⁰, pois apesar de todos possuírem o direito humano à educação e ao trabalho, as políticas sociolaborais e educacionais são formuladas para atenderem de maneira diferenciada segundo os parâmetros de classes, ou seja, não correspondem aos padrões necessários de igualdade e qualidade, havendo uma formação profissional meramente “certificatório” em instituições e cursos de “idoneidade discutível”, que “[...] não asseguram domínio de conhecimentos necessários ao desenvolvimento de competências cognitivas complexas vinculadas à autonomia intelectual, ética e estética”⁵¹, refletindo negativamente no desenvolvimento profissional com a sua exclusão do mundo do trabalho.

Nesse aspecto, o Pronatec e o ProJovem poderiam ser caracterizadas como políticas públicas de “inclusão excludente” por serem pensadas para o jovem em situação de pobreza, cujo campo de formação é extremamente rápido e os conhecimentos ficam restritos a conceitos técnicos e operacionais, direcionando para o mercado de trabalho, predeterminado que esse jovem não seguirá para a Universidade e terá pouca (ou nenhuma) perspectiva de ampliação das possibilidades de desenvolvimento socioeconômico, atingindo uma cidadania de segunda categoria.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito humano ao trabalho depende de uma atuação estatal que promovam políticas públicas de inclusão, bem como políticas públicas de capacitação profissional, tendo em vista que de nada vale existir vagas no mercado de trabalho se não existe pessoas qualificadas para preencherem essas vagas.

A busca pela formação profissional para jovens notadamente de baixa renda, buscam minimizar um problema de desigualdade social, mas, ao mesmo tempo, correm o risco de cristaliza-las, uma vez que a busca pelo direito ao trabalho, por meio da inserção profissional precoce, restringe-se aos aspectos econômicos, privando essa camada populacional de

⁵⁰ KUENZER, A. Z. Da dualidade assumida à dualidade negada: o discurso da flexibilização justifica a inclusão excludente. *Educação & Sociedade*. vol.28, n.100, pp.1153-1178, 2007. p. 1154.

⁵¹ KUENZER, A. Z. *Da dualidade assumida à dualidade negada: o discurso da flexibilização justifica a inclusão excludente*. *Educação & Sociedade*. vol.28, n.100, pp.1153-1178, 2007, p. 1771.

almejar uma formação que lhe proporcione de fato um trabalho para além da sobrevivência diária⁵².

Alguns estudos^{53 54} tem debatido que as propostas de educação profissional estão mais preocupadas com a formação de trabalhadores para adequarem-se as demandas do mercado do que necessariamente a formação de sujeitos, ou seja, ao serem direcionadas para camadas empobrecidas da população, de alguma forma, limitam esses cidadãos na busca de uma formação integral, confunde educação com formação profissional.

Ressalte-se que essas políticas são desenvolvidas pelo Estado como um meio de compensar os resultados oriundos da atual dinâmica da economia, e, ainda, como uma maneira de corrigir as injustiças sociais no âmbito laboral, contudo, o foco das políticas ao reproduzir os parâmetros de desigualdade social presente na estrutura social, correm o risco de cristalizar as diferenças sociais proporcionadas por uma inserção precária/subordinada ao mundo do trabalho.

Por outro lado, os programas como Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – REUNI, o Programa Universidade para Todos (Prouni) e o Financiamento Estudantil (Fies) tem permitido que jovens oriundos das camadas sociais empobrecidas tenham possibilidade de inclusão no ensino superior⁵⁵ minimizando em alguma medida esse caráter meramente profissionalizante.

Os direitos humanos e o direito ao trabalho mostraram uma relação íntima, isto por que o homem constitui o centro da relação empregador-trabalhador, sendo que com as lutas trabalhistas travadas ao longo da história da humanidade o homem passou a ser visto como aquilo que ele realmente é: um ser humano, e não apenas um objeto de trabalho com a única finalidade de conceder lucro para o empregador/explorador.

Diante dessas considerações a atual situação do mercado de trabalho possui uma problemática para população jovem, que devido à dinâmica atual e as relações laborais ganharam outros aspectos (desemprego estrutural, terceirização, flexibilização, automatização, informalidade, etc.) que tem resultado em um problema que assola os trabalhadores: o desemprego. Como visto, a população jovem é a que mais sofre no mundo do trabalho, ao ser esse grupo o mais afetado e se fazer presente nos dados e números do desemprego, o que nos leva a analisar historicamente o tratamento dado a juventude que durante anos tem recebido atenção por parte do Estado como um “problema social”. Todavia, deve-se pensar na juventude como aqueles que irão substituir os postos de trabalho dos adultos que estão saindo, portando não devemos pensar nos jovens como o futuro das sociedades, mas também como o presente. Assim, qual o modelo de jovens que o Estado tem preparado para dar continuidade à sociedade, principalmente no âmbito do trabalho?

⁵² NÓBREGA, E. F.; SOUZA, F. C. S. *Educação Profissional no Brasil: uma trajetória de dualidade e exclusão*. Revista Ensino Interdisciplinar, Mossoró, v. 1, n. 03, 2015.

⁵³ COSTA, Fernanda Cosme da. *O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) e a educação escolar da classe trabalhadora*. 2015, 140 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional em Saúde) - Fundação Oswaldo Cruz. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Rio de Janeiro, 2015.

⁵⁴ VENTURA, J.; LESSA, L.; SOUZA, S. Pronatec: ampliação das ações fragmentárias e intensificação da privatização da formação do trabalhador. *Revista Trabalho Necessário*, v. 16, n. 30, 2018.

⁵⁵ SANTOS, A. L.; GIMENEZ, D. M. Inserção dos jovens no mercado de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 85, p. 153-168, Dec. 2015.

Diante dessa indagação, e buscando observar a atuação do Estado na implementação de políticas públicas de trabalho e geração de renda, com vista ao desenvolvimento e efetivação da justiça social, voltadas para a juventude, destaca-se: o PRONATEC e o Projovem Trabalhador, políticas públicas que atuam no modelo de qualificação profissional, com repasse de renda para os jovens participantes do programa para incluí-lo no mercado de trabalho, a questão que se coloca é que tipo de inserção é essa, quais as possibilidades que tal formação proporcionam para que esses jovens possam ocupar postos de trabalho de maior complexidade e conseqüentemente realização profissional e acesso a rendas mais elevadas.

A questão que se coloca é a forma como tais políticas contribuem para uma inserção digna e promissora no mercado de trabalho, ou em que medida cristalizam e reproduzem as desigualdades sociais proporcionadas pela limitação ao acesso a vagas de trabalho mais complexas, de melhor renda e maior perspectiva profissional.

Nesse sentido, sugere-se como estudos futuros uma análise do perfil de vaga que os participantes desses programas ocupam no mercado de trabalho e quais tem sido suas possibilidade de acesso a continuidade da formação, com ênfase a inserção na universidade, como uma possibilidade de uma atuação não subordinada a reprodução da desigualdade social produzida pelo acesso ao trabalho e renda.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, L. Trabalho decente e juventude no brasil: a construção de uma agenda. In: IPEA. *Mercado de trabalho: conjuntura e análise*. v.18, n.55. Brasília: Ipea: MTE, 2013.

ANTUNES, R. *Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez, 1995.

ARAÚJO, J. M. Desenvolvimento sociolaboral: programas de geração de renda como meio de combate à pobreza e promoção do desenvolvimento. In: CECATTO, M. Á. B.; MISAILIDIS, M. L.; LEAL, M. C. H.; MEZZARROBA, O. (Org.). *Cidadania, direitos sociais e políticas públicas*. São Paulo: Conceito, 2011.

AZAMBUJA, D. *Introdução a Ciência Política*. 15. Ed. São Paulo: Globo, 2003.

BARTELT, D. D. *A Nova Classe Média no Brasil como Conceito e. Projeto Político*. Rio de Janeiro: Heinrich Böll Stiftung, 2013.

BOBBIO, N. *A era dos direito*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOURDIEU, P. A “juventude” é apenas uma palavra. In: BOURDIEU, P. *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983.

BRASIL. *Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude*. Brasília: MTE, 2011.

_____. *Lei nº. 12.852, de 5 de agosto de 2013*. Estatuto da Juventude. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12852.htm. Acesso em: 06 dez. 2019.

_____. MEC. PRONATEC. *Lei nº 12.513, de 26 de outubro de 2011*. Institui o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC). Disponível em: http://pronatecportal.mec.gov.br/arquivos/lei_12513.pdf. Acesso em: 13 fev. 2019.

BUCCI, M. P. D. *Direito Administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

CASTRO, J. A.; AQUINO, L. M. C.; ANDRADE, C. C. *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009.

CORREIA, B. R. B.; BALTAZAR, C. C.; HOLANDA, S. A. *Evolução histórica da organização do trabalho e sua influência sobre o emprego dos jovens no Brasil*. XXVI ENEGEP, Fortaleza: 2006.

COSTA, F. C. *O Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (PRONATEC) e a educação escolar da classe trabalhadora*. 2015, 140 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Educação Profissional em Saúde) - Fundação Oswaldo Cruz. Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio, Rio de Janeiro, 2015.

COSTANZI, R. N. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009.

DIEESE. *Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2010/2011: juventude*. 3. ed. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. São Paulo: DIEESE, 2011.

GIMENEZ, D. M. *Políticas de inserção dos jovens no mercado de trabalho: uma reflexão sobre políticas públicas e experiência brasileira recente*. Encontro Nacional de Estudos do Trabalho, VII, Salvador, 24 a 26 out. 2001. Anais VII Encontro Nacional de Estudos do Trabalho. Salvador, 2001.

GONZALEZ, R.. Políticas de Emprego para Jovens: entrar no mercado de trabalho é a saída?. In: CASTRO, J. A.; AQUINO, L. M. C.; ANDRADE, C. C. (org.). *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009.

_____. Políticas de Emprego para Jovens: entrar no mercado de trabalho é a saída?. In: CASTRO, J. A. et al.(org.). *Juventude e Políticas Sociais no Brasil*. Brasília: Ipea, 2009.

HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. *Temas básicos da sociologia*. São Paulo: Cultrix/USP, 1973.

IBGE. *Censo 2010*. Disponível em: http://mapasinterativos.ibge.gov.br/atlas_ge/brasil1por1.html. Acesso em: 12 fev. 2019.

KUENZER, A. Z. Da dualidade assumida à dualidade negada: o discurso da flexibilização justifica a inclusão excludente. *Educação & Sociedade*. vol.28, n.100, pp.1153-1178, 2007.

MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar,1967. p. 73.

MINISTÉRIO DE TRABALHO E EMPREGO (MTE). Secretaria de Políticas Públicas de Emprego. *Plano de Implantação 2009/2010*. Projovem-Trabalhador. Campos dos Goytacazes, 2009.

NÓBREGA, E. F; SOUZA, F. C. S. Educação Profissional no Brasil: uma trajetória de dualidade e exclusão. *Revista Ensino Interdisciplinar*, Mossoró, v. 1, n. 03, 2015.

OIT. *A crise do emprego jovem: Tempo de agir (Relatório V)*. Conferência Internacional do Trabalho, 101ª Sessão, Geneva, 2012.

_____. *Global employment trends for youth 2015: scaling up investments in decent jobs for youth*. Geneva: ILO, 2015.

_____. *Global employment trends for youth 2017: Paths to a better working future*. Geneva: ILO, 2017.

_____. *Juventude e trabalho informal no brasil*. OIT Escritório no Brasil; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: OIT, 2015.

_____. *Trabajo Decente y Juventud en América Latina: políticas para la acción*. Lima: OIT/Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2013.

_____. *Trabalho decente e juventude no Brasil*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009.

RUA, M. G. Análise de políticas públicas: conceitos básicos. In: RUA, M. G; CARVALHO, M. I. V. (org.). *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

SACHS, J. D. *O fim da pobreza*. Editora Companhia das Letras, 2005.

SANTOS, A. L.; GIMENEZ, D. M. Inserção dos jovens no mercado de trabalho. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 29, n. 85, p. 153-168, Dec. 2015.

SECCHI, L. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010.

SNJ. *Boletim juventude informa*. Secretaria Nacional da Juventude e Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada. – Ano 1, n. 2, 2014.

TRINDADE, J. D. L. *História social dos direitos humanos*. São Paulo: Peirópolis, 2002.

VENTURA, J.; LESSA, L.; SOUZA, S. Pronatec: ampliação das ações fragmentárias e intensificação da privatização da formação do trabalhador. *Revista Trabalho Necessário*, v. 16, n. 30, 2018.



DIREITO ALTERNATIVO E MOVIMENTOS SOCIAIS: A ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA POPULAR E O ELO COM AS LUTAS SOCIAIS

ALTERNATIVE LAW AND SOCIAL MOVEMENTS: THE POPULAR UNIVERSITY LEGAL ADVISORY AND LINK WITH SOCIAL STRUGGLES

FRANCISCA EDINEUSA P. DAMASCENA* | AMANDA OLIVEIRA DE SOUSA** | LÍVIA MARIA N. SILVA***

RESUMO

A Assessoria Jurídica Universitária Popular (AJUP) tem se apresentado no Brasil como um espaço de possibilidades de reflexão prática em torno do Direito Alternativo, estando inserida dentro do panorama de disputa paradigmática frente ao tradicional positivismo predominante nos cursos de Direito. Nesse contexto, o presente trabalho objetiva traçar o elo estabelecido entre a AJUP e os movimentos sociais, abordando suas dimensões histórica, social e política. Quanto à metodologia, o estudo se guia pelo método de abordagem dedutivo, vez que parte da existência de formas alternativas de utilizar o Direito a favor das causas populares para chegar à importância da AJUP nesse cenário, e adota o método de procedimento histórico, com emprego das pesquisas bibliográfica e documental. Com a pesquisa, percebeu-se que as AJUP's funcionam como instrumentos de luta das classes populares em suas reivindicações, aproximando-as do reconhecimento e fortalecimento de seus direitos, além de formar estudantes e profissionais mais sensíveis às lutas sociais. Dessa forma, infere-se que a ligação das AJUP's com os movimentos sociais não só acresce na luta pelos direitos das minorias, como incrementa a cidadania e a reflexão crítica dos próprios assessores jurídicos universitários.

Palavras-chave: assessoria jurídica universitária popular; direito alternativo; movimentos sociais; lutas populares; direitos das minorias.

ABSTRACT

The Popular University Legal Advisory has been presented in Brazil as a space of possibilities for practical reflection around the Alternative Law, being inserted in the panorama of paradigmatic dispute in front of the traditional positivism predominant in the courses of Law. In this context, the objective of this paper is to trace established the link between AJUP and social movements, approaching its historical, social and political dimensions. As for the methodology, the study is guided by the deductive approach method, since it starts from the existence of alternative ways of using the Law in favor of the popular causes to reach the importance of the AJUP in this scenario, and using the historical procedure method, using bibliographic and documentary researches. With the research, it was realized that the AJUP's act as instruments of struggle of the popular classes in their claims, bringing them close to the recognition and strengthening of their rights, in addition to training students and professionals more sensitive to social struggles. Thus, it is inferred that the connection of AJUP's with social movements not only increases the fight for rights of minorities, but also increases the citizenship and the critical reflection of the university legal advisors.

Keywords: popular legal advisory; alternative law; social movements; social struggles; minority rights.

* Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professora efetiva do Curso de Direito da Universidade Regional do Cariri (URCA).
edineusapamplona@gmail.com

** Mestranda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semi-Árido (UFERSA).
oliveiraamanda482@gmail.com

*** Mestranda em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Cariri (UFCA).
liviamooreno53@gmail.com

Recebido em 19-1-2020 | Aprovado em 20-2-2020



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 POR QUE POPULAR? APORTES HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE A AJUP; 2 UM DIREITO “NÃO OFICIAL” NA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS; 3 O DIÁLOGO: A AJUP E OS MOVIMENTO SOCIAIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS

■ INTRODUÇÃO

Dentro dos eixos teóricos das práticas alternativas que repensam o Direito, emerge nas últimas décadas, no âmbito universitário, as discussões acerca da atuação, alcance e limitações das práticas de Assessoria Jurídica Universitária Popular (AJUP).

A AJUP caracteriza-se como um movimento extensionista, de perspectiva ideológica que se contrapõe à práxis jurídica tradicional - de raízes na educação bancária -, e volta-se para uma construção horizontal do Direito junto às camadas populares. No seio popular, a atuação ajupiana recai, sobretudo, sobre os sujeitos de exclusão, dentre os quais se contemplam a população negra, as mulheres, a comunidade LGBTQ+, os trabalhadores rurais e os mais diversos grupos que cotidianamente são objeto de opressão e, não raras vezes, são inviabilizados pelas fontes oficiais de produção do Direito.

Nesse ínterim, ao articularem-se junto a esses setores sociais, as AJUP's buscam não só dar voz às suas reivindicações, como também somar-se a elas, a partir da instrumentalização do Direito como meio de justiça social, não se retendo tão somente a pura assistência jurídica, mas lançando-se como um acessório na luta desses grupos pela afirmação e reafirmação de sua cidadania.

Com base nesses pressupostos, destina-se o presente estudo a esmiuçar o elo existente entre os grupos de Assessoria Jurídica Universitária Popular e os movimentos sociais, buscando delinear, especificamente, as origens históricas do movimento ajupiano; adentrar ao cenário de combate às opressões pelos movimentos sociais; e entender a tônica que move e provoca a atuação das AJUP's com os mais variados grupos e militantes independentes que diuturnamente contestam carências, desmontes e limitações no exercício dos direitos das classes que representam.

Trata-se de um trabalho fruto da fase inicial do projeto de pesquisa, intitulado *Reflexos da construção de uma nova forma de (RE) pensar o Direito: um retrato do diálogo entre a Assessoria Jurídica Universitária Popular e os movimentos sociais do estado do Ceará*, iniciado em março de 2019 e finalizado em janeiro de 2020, com financiamento do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Regional do Cariri (URCA).

Com os resultados preliminares, visa-se fomentar o debate acadêmico e social sobre as práticas alternativas existentes dentro do ambiente jurídico e a importância de que elas mantenham um diálogo constante com os atores de lutas sociais.

Realça-se que, por inserir-se na primeira fase de execução do projeto, seus resultados são frutos de um percurso metodológico que percorre o trajeto de um levantamento bibliográfico e documental inicial, com aporte, essencialmente, em livros e artigos de autores

que versam em suas obras recortes sobre Direito Alternativo, Educação Popular e/ou Assessoria Jurídica Universitária Popular, bem como em fontes que ainda não receberam tratamento analítico, principalmente imagens de sítios virtuais da Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária (RENAJU) e de AJUP's.

Como métodos orientadores da pesquisa, utilizam-se o método de abordagem dedutivo, pois a investigação parte da existência de novas formas alternativas de utilizar o Direito a favor das classes populares para chegar-se à atuação das AJUP's nesse quadro e, o método de procedimento histórico, uma vez que se remontam as origens do surgimento do movimento do Direito Alternativo e das AJUP's e suas repercussões atuais, bem como se discutem as mudanças de conjuntura na prática jurídica sob o prisma desses novos fenômenos.

Com esse aparato de metas e proposta metodológica, o estudo apresenta suas conclusões iniciais sobre a forma como se originam e estabelecem-se interseções entre a prática dos assessores jurídicos universitários populares e a militância popular pelos direitos das minorias.

1 POR QUE POPULAR? APORTES HISTÓRICOS E CONCEITUAIS SOBRE A AJUP

Com arcabouço fundante em uma dogmática positivista, o saber jurídico ergueu-se, fundamentalmente, sobre bases estritamente legalistas e pouco abertas a outras formas de conceber o Direito que não fossem as provenientes do aparelho estatal, centradas em documentos codificados e interpretações pouco abertas às mudanças sociais e, ainda, direcionadas exclusivamente as elites da sociedade.

Foi essa estrutura a que se irradiou pelo âmbito educacional brasileiro, desde as origens dos cursos de Direito no ensino superior no país, os quais não possuíam um critério de fato educacional, eram, na verdade, uma resposta imediata às demandas da aristocracia colonial da época pela maior qualificação de seus filhos¹. Atualmente, as universidades são orientadas pelo tripé pedagógico do ensino-pesquisa-extensão, o qual, por vezes, ainda reproduz em sua prática e teoria os reflexos dos ideais que fundaram a educação superior.

Com efeito, os cursos de Direito no país surgiram atrelados a uma lógica que não era a qualitativa, mas a de reprodução do poder dos altos setores da sociedade. Quando de sua implantação, em 1827, o objetivo principal não era outro que não o de assegurar o domínio e disseminação do poder político através da maior qualificação das elites². Essa base sedimentou a cultura jurídica brasileira, e mesmo diante de tentativas de revisão do modelo tradicional, este ainda deixou suas raízes fincadas no ensino jurídico contemporâneo.

Contrapondo-se a esse *modus operandi* com enalço em uma educação de moldes bancários, ou seja, pouco aberta ao diálogo e ao pensamento crítico, no marco teórico de Paulo Freire, a revisão do fazer jurídico encontra novas nuances. Para Freire, distanciando-se do formalismo estrito, não pode a educação restringir-se à sala de aula, tão pouco ser utilizada

¹ BOVE, Luiz Antonio. Uma visão histórica sobre o ensino jurídico no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, [s.], v. 3, n. 3, p. 115-138, 2006. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/508>. Acesso em: 10 mar. 2019.

² Idem.

como instrumento de domesticação dos sujeitos, porquanto se exige uma relação causal entre teoria e prática³.

Nessa linha, emergem no ambiente jurídico novas propostas de formas alternativas de compreender e utilizar o Direito, tendo em conta a existência de uma sociedade plural e que requer mais do que o tecnicismo acadêmico usual, ensejando a incorporação de seu protagonismo de maneira mais ampla e participativa do que é possível nos parâmetros da práxis jurídica tradicional.

O Direito Alternativo, nesse contexto, propõe tomar o conhecimento jurídico como um instrumento de mudança social. Sua essência é, justamente, a de opor-se ao modelo jurídico positivista e compreender o Direito como um fenômeno dialético e que exige novos paradigmas práticos e científicos para buscar uma sociedade mais justa e democrática⁴.

Suas origens encampam-se no recorte temporal do final da década de 1960, sob a liderança de um grupo de juízes que formavam a Magistratura Democrática da Itália, com ideias que logo ultrapassaram o continente europeu e foram difundidas na região da América Latina⁵.

Compete destacar que o desenvolvimento das tendências jurídicas alternativas não teve bases utópicas, vez que seu surgimento se deu “não com o propósito de criar uma sociedade ideal, mas, sim, de possibilitar a transformação da Ciência do Direito em mais um meio de liça, na defesa do que se costuma chamar *as grandes conquistas da humanidade*.”⁶

Na prática, se distinguem três expressões do Direito Alternativo: o positivismo de combate, inserido no plano da luta do operador jurídico pela efetivação das disposições legislativas; o uso alternativo do Direito, situado no campo da interpretação, devendo ser adotada pelo intérprete aquela que estenda maior alcance à população e; o Direito Alternativo em sentido estrito, entendido como o Direito proveniente das ruas, ainda não integrante da produção jurídica estatal⁷.

Esta última expressão do Direito Alternativo, precisamente, se relaciona com a ação da AJUP, pois sua base teórico-prática aproxima-se do que se convencionou chamar de “Direito Achado na Rua”. O nome foi atribuído pelo professor Roberto Lyra Filho para se referir a uma expressão do Direito que nasce nos espaços públicos, permitindo instigar a consciência crítica de novos sujeitos e formando, assim, uma cultura participativa, cidadã e emancipatória⁸. Tal perspectiva vem sendo desenvolvida, dentro do ensino e conhecimento jurídico, desde a década 1980, pelo professor José Geraldo de Sousa Júnior, da Universidade de Brasília (UNB).

³ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 42 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

⁴MACHADO, Antonio Alberto. *O direito alternativo*. [s.l], 2009. Disponível em: <https://avessoedireito.wordpress.com/2009/09/24/o-direito-alternativo/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

⁵ Idem.

⁶ ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Livro do Advogado. Florianópolis: Unisul, 1996, p.05.

⁷ ANDRADE, Lédio Rosa de. *O que é Direito Alternativo?* 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.

⁸ SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua: Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoJunior.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

O espaço político onde se manifesta esse Direito não oficial é diverso. Não obstante, uma das dimensões do Direito Achado na Rua pode ser identificada justamente na atuação da AJUP. A AJUP, enquanto vertente da extensão universitária, atua em uma concepção orientada pelos direitos humanos e fundada no diálogo entre universidade e movimentos sociais⁹. Deste intercâmbio, constrói-se um Direito popular, um Direito da “rua”.

Fato é, então, que, dentre as ramificações do movimento do Direito Alternativo, situa-se a AJUP. Em resposta às carências do ensino jurídico e às lacunas entre teoria e prática, começaram a articular-se no Brasil, já na década de 1950, as primeiras experiências de que se tem registro de grupos de Assessoria Jurídica Popular. Grupos que viam na utilização popular do saber jurídico um mecanismo de defesa dos Direitos Humanos.

A primeira AJUP surgiu em 1950, na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Serviço de Assessoria Jurídica – SAJU/RS). Na tentativa de aliar teoria e prática, acadêmicos e professores intentavam levar o conhecimento obtido em sala de aula para a prática junto com a população. Entretanto, ainda não havia ainda a consolidação da indispensabilidade da realização da assessoria jurídica como uma construção popular e foi somente no contexto pós-ditatorial que, norteadas pelos ensinamentos de Paulo Freire, surgia, na Universidade Federal da Bahia, uma AJUP orientada pelo Direito Alternativo e pela educação popular, o denominado Serviço de Assessoria Jurídica – SAJU/BA¹⁰.

Em termos conceituais,

A AJUP é parte da noção mais ampla de “Assessoria Jurídica Popular” (AJP), relacionada a práticas de sujeitos do campo jurídico que se colocam ao lado dos trabalhadores e dos demais sujeitos subalternizados em seus enfrentamentos na sociedade de classes. A “assessoria jurídica popular” pode ser entendida como gênero que comporta dois campos principais: o da *advocacia popular* congregando advogadas e advogados; e o da *assessoria jurídica universitária popular*, formado por grupos ligados às universidades (geralmente localizados no âmbito da extensão), protagonizados por estudantes e/ou professores, principalmente do direito, mas também de outras áreas. [...] ¹¹

E por que “popular”? A designação de Assessoria Jurídica Popular parte de duas significações básicas e inerentes a atuação desenvolvida por esses grupos. Primeiro, o termo assessoria é apropriado não com as conotações tradicionais ligadas ao acompanhamento jurídico realizado profissionalmente, mas sim a partir da epistemologia do termo, que remonta à palavra originária “acessório”. O assessor popular é nada mais do que um acessório

⁹ Idem.

¹⁰ SILVA, Livia Maria Nascimento; SOUSA, Amanda Oliveira; ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Direito e Resistência: grupos de assessoria jurídica universitária popular no Ceará. *Revista Conhecer: debate entre o público e o privado*, 2019, Fortaleza, v. 9, n. 22, p. 188-201, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2019.9.22.1033>. Acesso em: 28 jul. 2019.

¹¹ ALMEIDA, A. L. V. *Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da assessoria jurídica universitária popular*. 2015. 342 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8352/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

do povo; e segundo, é acessório do povo porque é a favor dele que se coloca como instrumento de afirmação e fortalecimento de sua cidadania¹².

O popular vem, ainda, da necessidade de realizar a atividade jurídica de maneira horizontal e dialógica, centrada no reconhecimento dos sujeitos e de suas lutas por direitos, consequentemente, contrapondo-se ao modelo de exclusão ao qual estão submetidos. É um trabalho contra imposição dos dominadores sobre os dominados, pois como assevera Paulo Freire,

Através da manipulação, as elites dominadoras vão tentando conformar as massas populares a seus objetivos. E, quanto mais imaturas, politicamente, estejam elas (rurais ou urbanas) tanto mais facilmente se deixam manipular pelas elites que não podem querer que se esgote o seu poder”.¹³

Ademais, as assessoras e assessores populares se apropriam do termo assessoria identificando suas nuances políticas, como uma concepção jurídica diversa da assistência jurídica, visto que a primeira ultrapassa os limites da segunda ao estar acompanhada da finalidade de promoção da cidadania, com uma ação política centrada na educação popular em direitos humanos com vistas à estimular e acompanhar a cobrança de direitos dos cidadãos.¹⁴

A oposição ao modelo hegemônico de dominação através do Direito é, portanto, o pilar sobre o qual se desenvolve a prática alternativa da AJUP. Suas delimitações teóricas são, assim, produto do crescimento de posições críticas ao Direito tradicional, pouco atento às singularidades das camadas da população e de suas necessidades. Sua prática, a seu turno, busca dar voz a essas camadas e junto a elas – e não acima delas – traçar estratégias de defesa e promoção de seus direitos.

Veja-se que, a prática da AJUP requer, sobremaneira, o reconhecimento das lutas populares e de suas demandas, já que nelas também se desenvolve. Logo, o entendimento do panorama atual do combate às opressões pelos movimentos múltiplos sociais é matéria que se impõe para chegar-se a configuração de como estes últimos dialogam com as AJUP's e como suas pautas ressoam nestes, através do elo entre o jurídico e a educação popular.

2 UM DIREITO “NÃO OFICIAL” NA ATUAÇÃO DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

No intento de romper-se com as arbitrariedades postas pela ordem institucional e com a própria cultura elitista e conservadora de setores mais abastados da sociedade, os movimentos sociais apresentam-se como um canal de interlocução entre determinadas classes e suas pautas e a sociedade civil em geral. Com o despertar crítico e a formação de

¹² Idem.

¹³ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 42 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005. p.83.

¹⁴ SILVA, Livia Maria Nascimento; SOUSA, Amanda Oliveira; ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Direito e Resistência: grupos de assessoria jurídica universitária popular no Ceará. *Revista Conhecer: debate entre o público e o privado*, 2019, Fortaleza, v. 9, n. 22, p. 188-201, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2019.9.22.1033>. Acesso em: 28 jul. 2019.

uma consciência democrática, diversos atores sociais buscam exigir do Estado direitos inerentes à sua condição humana.

Esse despertar crítico é cada vez mais crescente, em face das opressões e exclusões a que são submetidos determinados segmentos sociais, como as mulheres, os negros e a classe trabalhadora. Essa realidade projeta a ascensão de múltiplas pautas, e diante da ineficácia da máquina estatal em tutelá-las, pontuam-se novas práticas emancipatórias no campo jurídico.

Com relação à definição de movimento social, embora Maria da Glória Gohn¹⁵ indique que seu conceito seja flexível e que varie de acordo com suas especificidades e contextos de atuação, para o que aqui se pretende debater, pode-se conceituá-lo como uma organização de pessoas que, sob a liderança ou não de um integrante, possui objetivos em comum para serem alcançados por meio de determinadas ações por ela mesma delimitadas, as quais são baseadas em valores, ideais e princípios específicos relacionados às suas particularidades e finalidades.

Exemplifica-se, com norte nessas características básicas, as articulações dos movimentos feministas e de mulheres e seus devidos recortes interseccionais, os grupos de militância pela causa negra, os movimentos dos trabalhadores rurais e urbanos pelo acesso à terra e à moradia digna, o combate à homofobia liderado pelo movimento LGBTQ+ e os vários outros grupos da sociedade civil que prevalecem na busca por seus direitos, mesmo que diante de outros modelos de opressão.

Ao se analisar os movimentos sociais sob a ótica da Teoria dos Sistemas de Nilkas Luhmann, tais expressões sociais, como frutos das diferenças existentes na sociedade, não podem ser enquadrados como sistemas funcionais – embora se relacionem as diferenças funcionais –, tampouco podem ser definidos somente como interações de indivíduos ou organizações, haja vista que essa classificação não é suficiente para explicar o fenômeno e alocá-lo na tipologia de Luhmann, como sociedade, interação ou organização¹⁶.

O protesto acaba, nesse sentido, sendo um mecanismo de perturbação aos sistemas funcionais, ao passo em que se utiliza da comunicação divergente para explorar os potenciais que pesam sobre as vozes dissonantes, com o fito de promover alterações no padrão vigente ou, até mesmo, reconstruí-lo¹⁷. Esse asseio por modificações, entretanto, passa pela necessidade, também, de aderir a novas roupagens para continuar a explorar as possibilidades de mudança.

Neste aspecto, Wolkmer destaca que as formas atuais de colonialismo, capitaneadas pelas políticas neoliberais e pela globalização, colocam a sociedade civil numa posição de ter que reinventar-se em seus modos de resistência, a fim de confrontar a precariedade das fontes normativas oficiais. No âmbito do pluralismo jurídico, o Direito oficial não é tido como

¹⁵ GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

¹⁶ ANGELELLI, Gustavo. *Movimentos sociais e direito: o sentido do enfrentamento*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 785-800, jan./dez, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/68003>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁷ Idem.

o único legítimo e, assim sendo, esses novos modos de resistir e fazer justiça, por intermédio dos movimentos sociais, são também sujeitos de juridicidade¹⁸.

Amparados por esses contornos das contemporâneas formas de exclusão, surgem novos problemas e, com eles, novos conflitos. Dentro desse panorama, se discutem concepções pluralistas que objetivem modos alternativos de instrumentalizar a justiça a favor das minorias sociais, concepções que nascem e crescem intimamente ligadas à diversidade de sujeitos políticos que lutam pela conquista e efetivação de seus direitos¹⁹.

É nesse contexto que se desenha a prática conjunta das várias ramificações do Direito Alternativo e os movimentos sociais e, portanto, é nele que se insere a prática emancipatória da AJUP, definida, por seu *modus operandi*, como um movimento social, que se desenvolve no seio das lutas populares.

3 O DIÁLOGO: A AJUP E OS MOVIMENTO SOCIAIS

Tendo em vista os aspectos delineados quanto ao surgimento da AJUP enquanto movimento crítico em prol da emancipação social do povo e, considerando que este último, ao mobilizar-se em novas formas de resistência, cumpre função decisiva na produção jurídica, é imperativo destacar que o elo entre um e outro começa a ser desenhado a partir da observação de suas tentativas conjuntas de fazer ser reconhecido um Direito não oficial, mas igualmente válido.

Em um primeiro momento, registre-se que o próprio método da AJUP é o de facilitar o diálogo entre os diversos ramos do conhecimento, indo do acadêmico ao popular e vice-versa, sem cadeia hierárquica, porquanto a troca entre esses saberes pode ocorrer em diversos níveis, de modo que as atividades desenvolvidas junto às comunidades e/ou grupos sociais não exigem rigor científico ou acadêmico e envolvem a participação ativa, antes de tudo, dos integrantes da comunidade ou grupo em que as ações são realizadas²⁰.

É desse diálogo horizontal que nasce o apoio das AJUP's as lutas populares, apoio tido como uma máxima em todos os grupos praticantes da Assessoria Jurídica Popular no Brasil, pois necessário à legitimação da proposta dos núcleos existentes no país.

Neste sentido, Ana Lia Almeida, enfatiza em seu estudo que:

O apoio às lutas dos *movimentos sociais* é hoje, seguramente, um consenso na assessoria jurídica universitária popular. A opção por estar próximos às lutas populares é valorizada, inclusive, por meio dos símbolos escolhidos para representar estes grupos. Reivindicam expressamente o *popular* em seus nomes; [...] Em sua atuação, as AJUP realmente se relacionam com diversos *movimentos sociais*, mas

¹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, [s.l.], v. 28, n. 54, p. 95-106, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521162.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

¹⁹ Idem.

²⁰ RIBAS, Luís Otávio. *Assessoria Jurídica Popular Universitária e Direitos Humanos: o diálogo emancipatório entre estudantes e movimentos sociais (1998-2008)*. 2008. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ligadosdireitoshumanos/wp-content/uploads/2017/01/LUIZ-OTAVIO-RIBAS.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

também com outros sujeitos coletivos com diversas estruturas organizativas: associações de bairros, lideranças comunitárias ligadas ou não a movimentos ou organizações políticas, partidos, sindicatos, ONG, instituições públicas, etc.

[...]

Tais grupos costumam atuar junto às lutas das mulheres, à luta dos sem terra; dos sem teto; das lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e transgêneros; da juventude; dos atingidos por barragens; dos indígenas; dos quilombolas; junto a comunidades periféricas, enfim, junto às organizações populares em geral. Trata-se de um segmento das esquerdas nas faculdades de direito em que se entrecruzam o movimento estudantil e a extensão universitária.”²¹

Essa atuação se apresenta tanto no meio universitário, por meio de atividades integradoras entre os discentes, docentes e militantes, no âmbito das Instituições de Ensino Superior, às quais as AJUP's estão inseridas, como também nas comunidades, concretizada por meio da extensão universitária, e ainda, de forma engajada, nos movimentos estudantil e social, adentrando aos atos de rua, e em eventos que tratem das pautas dos núcleos.

Figura 1 - Participação do Núcleo de Extensão Popular (NEP) Flor de Mandacaru na manifestação “21º Grito das Excluídas e dos Excluídos” em João Pessoa/PB²².



O próprio método de organicidade dos núcleos espalhados pelo Brasil induz e contempla à prática de reflexão sobre a promoção de igualdade étnica, de gênero e orientação

²¹ ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. *Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da assessoria jurídica universitária popular*. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2015. pp. 92-46. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8352/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²² Fonte: Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária (RENAJU) (Página oficial do Facebook). Disponível em: <https://www.facebook.com/renajubr/photos/a.461948850628955/528900027267170/?type=3&theater>. Acesso em: 20. Mar. 2019. A imagem em apreço foi extraída diretamente do acervo de imagens da RENAJU, disponível para consulta pública em sua página oficial virtual, onde são encontradas informações, imagens e notícias acerca do movimento extensionista da AJUP e das atividades realizadas pelos núcleos espalhados pelo país. A campanha “*Contra o extermínio da juventude negra!*” foi escolhida no encontro nacional da RENAJU de 2015.

sexual. Nesta esteira, a Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária (RENAJU) reúne todas as AJUP's do país, promovendo eventos anuais para que os grupos se encontrem, troquem experiências, debatam, se formem e atualizem as referências teóricas norteadoras de suas práticas.

A questão da amorosidade, da educação popular, da horizontalidade e do protagonismo estudantil são os elementos que constituem a Rede. Isso quer dizer que não há direção, liderança ou hierarquia entre os grupos. Desse fator, nasce outro aspecto relevante sobre a organização, a tomada de decisões dos núcleos é realizada por meio de deliberações consensuais e não por votação, de forma que o debate plural e heterogêneo seja realizado antes de qualquer ação em nome da RENAJU²³. Na figura abaixo, ilustra-se um dos encontros anuais da RENAJU, ocorrido em 2016:

Figura 2 - Encontro da Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária (ERENAJU), realizado em João Pessoa/PB, em 2016²⁴



Em todos os eventos realizados pelos grupos, os temas propostos para discussão nas plenárias são escolhidos por todos, e dentro dos encontros, propostas e planejamento de ações são selecionados para que cada AJUP retorne para sua região com metas de execução. Nesse contexto de coletividade, nasceu a necessidade de trabalhar o combate as opressões dentro dos coletivos.

Por mais que as AJUP's tenham surgido sob a justificativa de apoio e parceria, como um verdadeiro “acessório” a favor dos grupos mais vulneráveis e marginalizados da sociedade, a reprodução de contradições históricas da sociedade não deixou de se realizar dentro dos

²³ ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. *Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da assessoria jurídica universitária popular*. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8352/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁴ Fonte: Encontro da Rede Nacional de Assessoria Jurídica Universitária (ERENAJU) (Página oficial do evento no Facebook). Disponível em: https://www.facebook.com/pg/Erenaju-2016-Para%C3%ADba-723621281074820/posts/?ref=page_internal. Acesso em: 16 fev. 2020. A fotografia foi extraída diretamente da página oficial do evento mencionado, do álbum intitulado “ERENAJU Paraíba 2016”, que reúne as fotos oficiais do encontro, disponíveis para consulta pública no endereço eletrônico indicado.

próprios espaços reflexivos do movimento. Apesar da ideia de abertura para a diversidade, pluralidade de ideias, igualdade e fraternidade, práticas racistas, machistas e homo-lesbo-bi-transfóbicas eram recorrentes entre os participantes.

A partir disso, os sujeitos que se sentiam oprimidos nos espaços começaram a reivindicar mudanças e, assim, surgiram os espaços auto-organizados da Rede, que são, ao todo, 3: o de mulheres, o de negras e negros e o LGBTT+. A partir da inclusão dessas pautas específicas como essência da organização, os temas das campanhas desenvolvidas pelos grupos se voltaram, mais incisivamente, para o combate à opressão das minorias vulneráveis.

O tema da campanha do evento ilustrado na última figura, por exemplo, foi "*Contra o golpe e o retrocesso dos direitos das minorias*". Em outros anos, a RENAJU também trouxe como tema a "*Não criminalização dos movimentos sociais (2013)*", os "*Impactos da Copa do Mundo no Brasil (2014)*", entre outros, todos sempre relacionados às problemáticas sociais atuais. Vale mencionar que há quem compreenda a Rede apenas como espaço de reunião de AJUP's para deliberação de ações em conjunto, mas, em contraponto, há quem enxergue enquanto "um movimento com pautas concretas postas a partir da realidade dos núcleos"²⁵.

Certo é que, no Encontro Nacional de 2012, a RENAJU previu, em sua plenária final, que seus objetivos norteadores eram: a articulação de ações com a finalidade de construir e estruturar a ideia de transformação social, trocas de experiências, fortalecimento e divulgação da AJUP, visando o desenvolvimento de novos grupos, além de sustentar os núcleos que já existem; promover a disputa epistemológica no meio acadêmico em torno da educação e prática jurídica, como também da própria concepção do Direito e; promover reflexões políticas dos núcleos e com isso a possibilidade de se envolver em lutas a nível nacional, incluindo a necessidade de discussão de políticas para extensão universitária²⁶.

Importante enfatizar, nesse cenário, que os ideais orientadores das AJUP's se estendem para além da graduação. A Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAAP), por exemplo, é uma organização autônoma e descentralizada formada por operadores e operadoras do Direito, com o intuito de assessorar os movimentos sociais, proteger e garantir os direitos das classes mais espoliadas da sociedade. Embora as AJUP's e a RENAAP não possuam vínculos diretos a nível nacional, cada grupo interage com o outro conforme a realidade local. Outrossim, muitos dos acadêmicos de Direito que se envolvem nas AJUP's almejam se tornar advogados populares e sempre há participação voluntária de ajupeiros nos encontros promovidos pela RENAAP.

De fato, a própria orientação fomentada pela concepção ideológica e política das AJUP's contribui diretamente na influência da formação de advogados populares. Nesse sentido, Priscilla Martins mostra em sua pesquisa que a maioria dos (as) advogados (as) populares da RENAP do Estado do Ceará integraram alguma das AJUPs de Fortaleza. Ela apresenta no seu trabalho um relato interessante vindo de um dos militantes da Coordenação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra do referido Estado:

²⁵ ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. *Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da assessoria jurídica universitária popular*. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2015. p. 274. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8352/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁶ REDE NACIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA (RENAJU). *Ata da reunião extraordinária do Eixo Campanha de oito de julho de 2012*. (Reunião Online), 2012.

A Faculdade de Direito do Ceará ela não prepara o advogado pra ser advogado popular, prepara pra ser advogado [...] patrimonialista [...] Então não tá preparando os advogados pra defender o povo, então essa é a grande crítica que a gente faz ao curso de direito da UFC, se não fosse o NAJUC, o CAJU, o SAJU e todo o movimento estudantil que faz surgir lideranças, pessoas comprometidas.²⁷

Essa realidade dos cursos de graduação em Direito se repete em todas as faculdades, fato oriundo da própria criação e implantação das Instituições de Ensino Superior no Brasil. O fenômeno do *bacharelismo* ainda hoje é presente nos cursos de Direito²⁸, sendo práticas alternativas como as apresentadas até agora inovadoras do ponto de vista de disputa paradigmática perante o positivismo-legalismo preponderante na área jurídica.

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreendendo as origens da epistemologia dominante nos cursos de Direito do Brasil, majoritariamente positivistas, compreende-se também a imprescindibilidade da busca pela coexistência de aportes teóricos e práticos voltados para as necessidades da sociedade, em especial, dos grupos vulneráveis e historicamente excluídos e explorados no contexto da luta de classes.

Destarte, em contraposição ao modelo tradicional de prática jurídica prevalecente no ambiente jurídico, o Direito Alternativo – e, especialmente, o Direito Achado na Rua - aparece provocando estudantes e profissionais a saírem de suas zonas de conforto assentadas na educação bancária e contestarem o “por quê?” e o “para quem?” se faz o Direito. Do aguçamento dessas indagações, práticas inovadoras surgem e desafiam os padrões jurídicos internalizados na academia e na sociedade.

Esse trabalho concentrou-se em uma dessas práticas, a dos grupos de Assessoria Jurídica Universitária Popular, que emergem como possibilidade de reorientação de referências, contrapondo-se à dogmática jurídica tradicional e induzindo os envolvidos nos projetos a uma concepção que recai sobre a instrumentalização do Direito como estratégia de empoderamento e emancipação política dos sujeitos oprimidos.

Tratar de temas abandonados do meio científico, como a questão do combate as opressões de gênero, raça, classe e orientação sexual, significa visibilizar as demandas dessa população excluída. Apoiar, construir e assessorar movimentos sociais a partir da ótica de que

²⁷ MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. *Direito(s) e(m) Movimento(s): Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. p. 181. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12599/1/2011_dis_mpmjmartins.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

²⁸ ANDRADE, George Laurindo de. *Ensino jurídico no Brasil? Brevíssimas anotações: do legado liberal à encruzilhada pós-moderna. [s.l.]*, 2008. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/ensino-juridico-no-brasil-brevissimas-annotacoes-do-legado-liberal-a-encruzilhada-pos-moderna/29947#ixzz5Kr9Xlmaq>. Acesso em: 15 jan. 2019.

o Direito é ato inovador, abre espaço para a construção de alicerces para um novo entendimento de marco civilizatório, ampliando as dimensões da democracia.

Vê-se, portanto, que o principal vínculo entre a AJUP e as lutas populares reside na troca: a troca de vivências e contribuições entre o conhecimento acadêmico e o popular, que é incorporada, ao mesmo tempo, como uma forma de reconhecer e afirmar os direitos das minorias e como um modo de colocar o estudante, de maneira reflexiva e crítica, em contato com o seus reais propósitos de formação, quais sejam, o comprometimento com o combate às desigualdades e a busca por uma sociedade mais justa e igualitária.

Não se pretendeu com a exposição trazida neste trabalho esgotar o complexo de questões que envolvem a atuação das AJUP's nas lutas populares, tão somente esboçar, em linhas gerais, como, através de suas realizações com as camadas oprimidas, o conhecimento jurídico, técnico e/ ou acadêmico pode ser apropriado pelo seu titular: o povo.

Assim, é no trabalho desenvolvido por grupos como as AJUP's que se vislumbra o potencial de iniciativas capazes de despir o universo jurídico do elitismo que lhe é peculiar e colocá-lo à disposição da população que cotidianamente tem direitos violados e suprimidos. O "popular" dos núcleos aqui apresentados, portanto, não é o outro, que não o que conclama acadêmicos e profissionais a se movimentarem junto com as demandas da sociedade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. *Um estalo nas faculdades de direito: perspectivas ideológicas da assessoria jurídica universitária popular*. 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa/PB, 2015. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/tede/8352/2/arquivototal.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.

ANDRADE, George Laurindo de. *Ensino jurídico no Brasil? Brevíssimas anotações: do legado liberal à encruzilhada pós-moderna*. [s.l], 2008. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/ensino-juridico-no-brasil-brevissimas-anotacoes-do-legado-liberal-a-encruzilhada-pos-moderna/29947#ixzz5Kr9XImAQ>. Acesso em: 15 jan. 2019.

ANDRADE, Lédio Rosa de. *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Livro do Advogado. Florianópolis: Unisul, 1996.

_____. *O que é Direito Alternativo?* 2. ed. Florianópolis: Habitus, 2001.

ANGELELLI, Gustavo. *Movimentos sociais e direito: o sentido do enfrentamento*. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 108, p. 785-800, jan./dez, 2013. Disponível em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/68003>. Acesso em: 15 mar. 2019.

BOVE, Luiz Antonio. Uma visão histórica sobre o ensino jurídico no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito*, [s.l], v. 3, n. 3, p. 115-138, 2006. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/508>. Acesso em: 10 mar. 2019.



ENCONTRO DA REDE NACIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA (ERENAJU) (Página oficial do Facebook). *Álbum "ERENAJU Paraíba 2016"*. 2016. Disponível em: https://www.facebook.com/pg/Erenaju-2016-Para%C3%ADba-723621281074820/posts/?ref=page_internal. Acesso em: 16 fev. 2020.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do Oprimido*. 42 ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2005.

GOHN, Maria da Glória. *Teoria dos movimentos sociais paradigmas clássicos e contemporâneos*. São Paulo: Edições Loyola, 1997

MACHADO, Antonio Alberto. *O direito alternativo*. [s.], 2009. Disponível em <https://avessoedireito.wordpress.com/2009/09/24/o-direito-alternativo/>. Acesso em: 15 mar. 2019.

MARTINS, Martha Priscylla Monteiro Joca. *Direito(s) e(m) Movimento(s): Assessoria Jurídica Popular a Movimentos Populares Organizados em torno do Direito à Terra e ao Território em Meio Rural no Ceará*. 2011. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/12599/1/2011_dis_mpmjmartins.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

SILVA, Livia Maria Nascimento; SOUSA, Amanda Oliveira; ACIPRESTE SOBRINHO, Djamiro Ferreira. Direito e Resistência: grupos de assessoria jurídica universitária popular no Ceará. *Revista Conhecer: debate entre o público e o privado*, 2019, Fortaleza, v. 9, n. 22, p. 188-201, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.32335/2238-0426.2019.9.22.1033>. Acesso em: 28 jul. 2019.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo de. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília (UNB), Brasília, 2008. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1401/1/TESE_2008_JoseGeraldoSJunior.pdf. Acesso em: 20 mar. 2019.

REDE NACIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA (RENAJU). *Ata da reunião extraordinária do Eixo Campanha de oito de julho de 2012*. (Reunião Online), 2012.

REDE NACIONAL DE ASSESSORIA JURÍDICA UNIVERSITÁRIA (RENAJU) (Página oficial do Facebook). *O Nep Flor de Mandacaru levou a campanha da RENAJU para o 21º Gritos das Excluídas e dos Excluídos em João Pessoa/PB. Basta ao Extermínio da juventude negra!* 2015. Disponível em: <https://www.facebook.com/renajubr/photos/a.461948850628955/528900027267170/?type=3&theater>. Acesso em: 20 mar. 2019.

RIBAS, Luís Otávio. *Assessoria Jurídica Popular Universitária e Direitos Humanos: o diálogo emancipatório entre estudantes e movimentos sociais (1998-2008)*. 2008. Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/ligadosdireitoshumanos/wp-content/uploads/2017/01/LUIZ-OTAVIO-RIBAS.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, justiça e legitimidade dos novos direitos. *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, [s.], v. 28, n. 54, p. 95-106, 2007. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2521162.pdf>. Acesso em: 15 mar. 2019.